Die dinglichen Verträge zu Gunsten Dritter

Dissertation

zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
in Breslau
vorgelegt von

Hans Strohbach
Gerichtsreferendar in Zobten a. B.

Breslau 1931
Druck Anton Schreiber, Breslau

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott

.....

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543104_0120

Literatur-Verzeichnis

Bähr: Ueber die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter. In Iherings Jahrbüchern. Band 6, Seite 131 ff.

Biermann, Johannes: Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht. 3. Auflage, 1914.

Binder: In Kritsche, Viertel-Jahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 46, 1905, Seite 357 ff.

Böhler: Bestellung einer Kaufpreishypothek zu Gunsten eines Dritten S. in Badischer Rechtsprechung. 1908, Seite 211 ff.

Bruck: Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation 1900, Straßburg.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. 1910.

Cosack - Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7. u. 8. Aufl. 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902, 1905.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Band 3, 1898.

Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. In Gruchot's Beiträgen, Band 47, Seite 51, ff.

Eccius: Bemerkung zur Rechtsprechung des Kammergerichts in Grundbuchsachen in Deutscher Juristenzeitung 1902, Seite 61.

Eccius: In Gruchot's Beiträgen Band 45, Seite 857.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1905.

Enneccerus - Kipp - Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band 1 u. 2_1, 23.—27. Auflage 1927.

Ewald: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. In Iherings Jahrbuch Band 76.

Förster: Ist die dingliche Einigung ein Vertrag? Im Recht 1903, Seite 54 ff.

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929, § 50, Seite 148 ff.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 5. Auflage 1916.

Kluckhohn: Die Verfügungen zu Gunsten Dritter. 1914.

Kohler: 12 Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 13, Seite 209 ff.

Kretschmer: Zur Bedeutung des dinglichen Vertrages. Im Recht 1910, Seite 78 ff.

Lehmann: Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 23. 8. 1930. In J. W. 1931 Nr. 7, Seite 525.

Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1929, § 183, Seite 374 ff.

Leonhard, Rudolf: Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. 1892.

Moeller: Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf. Dissertation. Leipzig 1906.

Motive: Zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Nord: Die rechtliche Natur der Besitzübertragung im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation 1903, Rostock.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Auflage 1927, 3. u. 4. Auflage 1910.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Auflage.

Protokolle zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes unter Ausschluß des Erwerbes durch Stellvertreter. Dissertation 1905, Freiburg.

Przibilla: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz. In Jur. W. 1908, Seite 395.

Regelsberger: Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme. Im Archiv für die Zivilistische Praxis, Band 67, Seite 1 ff.

Reichsgerichtsentscheidungen.

Reichsgerichtsrätekommentar: 7. Auflage, 1929, 5. Aufl. 1923.

Rosenberg: Verträge zu Gunsten Dritter im Sachenrecht. In Deutscher Juristenzeitung 1912, Seite 541.

Siber: Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremden Recht. In Festgabe der Leipziger Juristen-Fakultät für Rudolf Sohm, 1915.

Sörgel: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Auflage 1929.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl. 1927.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflage.

Steyert: Der dingliche Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation Erlangen 1905.

Stöver: Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsgeschäft? Im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 26, Seite 149 ff.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern, Band 38, Seite 1 ff.

Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation Freiburg 1900.

Unger: Die Verträge zu Gunsten Dritter. In Iherings Jahrbüchern, Band 10, Seite 1 ff.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1923, 1927.

Wilutzky: Die Verfügungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 28, Seite 53 ff.

Inhalt

§ 1. Geschichtlicher Ueberblick.

§ 2. Standpunkt der herrschenden Lehre.

§ 3. Der dingliche Vertrag.

§ 4. Ist ein dinglicher Vertrag zu Gunsten Dritter neben der Stellvertretung denkbar?

§ 5. Die Gründe der herrschenden Lehre gegen die Analogie.

Gründe, die für die Analogie sprechen:

§ 6. Erkennt unser Recht trotz Nichtregelung dingliche Verträge zu Gunsten Dritter an?

§ 7. Die Größe des Anwendungsgebietes.

§ 8. Das praktische Bedürfnis.

§ 1.

Der Rechtsgedanke, daß man einem am Vertragsschluß unbeteiligten Dritten ohne dessen Wissen und Willen unmittelbar eine Zuwendung machen kann, verdankt, wie uns die Geschichte zeigt, seine bisherige ausdrückliche Anerkennung allein einem unaufhaltsamen Verkehrsbedürfnis. Das römische Recht, das auch in der Frage der Verträge zugunsten Dritter infolge der Rezeption das deutsche Recht maßgebend beeinflußt hat, verhielt sich, wie wir wissen, gegenüber einer solchen Anerkennung auch auf dem Gebiet der Verpflichtungsverträge zunächst grundsätzlich ablehnend. Der Satz: alteri nemo stipulari potest war eine Folge der Auffassung, daß bei einem Schuldverhältnis die persönliche Verbindung der Vertragsschließenden etwas Wesentliches sei, daß sich infolgedessen ein solches Schuldverhältnis nur zwischen den es abschließenden Personen auswirken könne, ein Grundsatz, der sich übrigens auch in der Frage der Abtretung und Schuldübernahme als den praktischen Bedürfnissen hinderlich erwiesen hat. Aber man hat auch damals in Rom bereits gewußt, daß es in erster Linie die Aufgabe des Gesetzes ist, wirtschaftlich schutzwürdigen Interessen den Rechtsschutz zu gewähren, und daß Bedenken formeller Natur gegenüber dieser Hauptpflicht zurückzustehen haben. Als man sich nun dieser Erkenntnis gemäß zuerst auf Grund eines dringenden Bedürfnisses auf dem Gebiet der unentgeltlichen Zuwendungen von Todeswegen an Dritte [1]) zu einer Durchbrechung seines Grundsatzes entschließen mußte, hat man die Verträge zugunsten Dritter nicht etwa sofort allgemein anerkannt, man hat vielmehr, was auch durchaus verständlich ist, nur in diesem einem Falle eine Ausnahme gemacht, im übrigen aber streng an seinem alten Grundsatz festgehalten. Bald aber zeigte sich ein prakti-

1) Hellwig S. 37.

sches Bedürfnis, einem Dritten durch Vertrag ohne dessen Wissen eine Zuwendung zu machen, auch in anderen Fällen; man machte darum weitere Ausnahmen. Schritt für Schritt ließ man sich so die Zugeständnisse abringen, und zwar zunächst immer nur bei solchen Verabredungen, die den Zweck verfolgten, dem Dritten eine Gunst zu erweisen,[1]) bis man unter Justinian auch diese Einschränkung aufgab und eine ganze Reihe auch anderer Ausnahmefälle zuließ. Zu einer allgemeinen Anerkennung, wenigstens auf dem Gebiet der Verpflichtungsverträge, konnte man sich aber damals noch nicht entschließen.

Unter dem Einfluß der deutschrechtlichen Auffassung, daß bei einem Schuldverhältnis nicht die Personen, sondern nur der Inhalt das Wesentliche sei, vermehrten sich im gemeinen Recht die Fälle, in denen man die Verwendung der Verträge zugunsten Dritter billigte, weiter, bis man schließlich in den großen Gesetzbüchern des 18. und 19. Jahrhunderts, wie dem Allgemeinen Landrecht, dem code civil, dem Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch und endlich in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch die Zulässigkeit von Verträgen zugunsten Dritter ausdrücklich festlegte. Zunächst raubte man jedoch diesem Schritt noch den größten Teil seiner Bedeutung dadurch, daß man, wie z. B. im Allgemeinen Landrecht, den Erwerb des Dritten nur dann eintreten ließ, wenn er dem Vertrage selbst beitrat[2]) (Beitrittstheorie). Insofern bedeutet der Standpunkt unseres Bürgerlichen Gesetzbuches einen wesentlichen Fortschritt; denn heut erwirbt der Dritte das Recht ohne sein Wissen und Wollen. (Anwachsungstheorie.)

Die Verträge zugunsten Dritter haben sich im heutigen Recht eine feste Position nur im Schuldrecht und beim Erbvertrag (§ 1941 BGB.) geschaffen. Die Gesetzgeber unseres Bürgerlichen Gesetzbuches haben also nach dem Vorbild der bisherigen geschichtlichen Entwickelung auch nur wieder einen Schritt vorwärts gewagt; sie haben sich nicht dazu entschließen können, die begonnene Entwicklung der Verträge zugunsten Dritter durch eine Anerkennung im ganzen Rechtsgebiet zum Abschluß zu bringen. Man kann

1) Hellwig S. 37.
2) Kluckhohn S. 3.

deshalb sagen, daß wir auch heut noch, wenigstens für das Gebiet des Sachenrechts, unter dem Einfluß des alteri nemo stipulari potest stehen.[2]) — Nach dem bisherigen Entwickelungsgang hätte an der Nichtanerkennung nur ein mangelndes Verkehrsbedürfnis schuld sein können.

Im römischen Recht scheint sich allerdings für die dinglichen Verträge zugunsten Dritter ein solches Bedürfnis wirklich nicht gezeigt zu haben; denn es ist uns keine Stelle überliefert, wo ein dinglicher Vertrag zugunsten Dritter erwähnt, geschweige denn wo er anerkannt ist. Freilich wird vielfach behauptet,[3]) in L 38 § 12 D 45, 1 sei ein solcher Fall gegeben; doch wird das von anderer Seite ebenso wieder ganz entschieden bestritten.[4]) In der umstrittenen Stelle handelt es sich darum, daß jemand, der sich einen Nießbrauch bestellen läßt, sich ausbedingt, daß der Nießbrauch auch seinem Erben zustehen solle. Kluckhohn,[5]) der glaubt, daß es sich in dieser Digestenstelle um einen dinglichen Vertrag zugunsten Dritter handele, geht davon aus, daß in der Person des Erben ein neuer Nießbrauch entstehe; die Begründung für den Erben sei durch Vertrag mit dem ersten Berechtigten erfolgt; da Kluckhohn dann auch die Möglichkeit, daß der erste Berechtigte als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt haben könne, mit der übrigens wenig überzeugenden Begründung abtut, daß es nicht dem Willen der Parteien entspräche, daß der Nießbrauch erst mit der Genehmigung des Erben seine volle Wirksamkeit erlange, kommt er zu dem Schluß, daß es sich hier nur um einen dinglichen Vertrag zugunsten des Erben handeln könne. Demgegenüber macht jedoch Hellwig[6]) geltend, daß die Stelle mit Verträgen zugunsten Dritter nicht das geringste zu tun habe, sondern nur bedeute, daß kraft Vertrages der Nießbrauch auch auf den Erben übergehen könne. Das ist auch unsere Meinung; die Stelle will nur eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unvererblichkeit des Nießbrauchs feststellen. Kluckhohn fühlt sich jedoch

2) Kluckhohn S. 3.

3) Unger S. 61 Anm. 79a.

4) Hellwig S. 40, Kluckhohn S. 30.

5) S. 31 ff.

6) S. 40 ff.

durch diese Ansicht Hellwigs nicht widerlegt; denn er meint, daß gerade das, worauf es ihm ankomme, bei Hellwig keine Erwähnung gefunden habe, nämlich wie der Nießbrauch auf den Erben übergehe. Gegen Kluckhohns Ansicht ist jedoch einzuwenden, daß auch in der erwähnten Digestenstelle mit keinem Wort davon die Rede ist, wie man sich damals in Rom den Übergang des Nießbrauchs gedacht hat; Kluckhohn baut seine Meinung, daß dies nur durch einen dinglichen Vertrag zugunsten Dritter geschehen sein könne, auf Annahmen auf, von denen durchaus nicht feststeht, ob sie den Auffassungen des damaligen Beurteilers des Falles entsprochen haben. Einen positiven Beweis liefert die Stelle doch keinesfalls. Gegen Kluckhohn spricht in gewissem Sinne endlich auch, daß alle sonstigen in Frage kommenden Stellen stets nur schuldrechtliche Verträge zum Gegenstand haben.

Weiter hat man auch für das gemeine Recht vielfach [7]) in der Entscheidung des Ober-Appellationsgerichtes zu Berlin vom 11. April 1870 [8]) die Anerkennung des dinglichen Vertrages zugunsten Dritter gesehen. Es handelte sich dort darum, daß der Erwerber eines Grundstückes in der Zwangsversteigerung den Zuschlag erst nach der Verabredung mit dem Konkursverwalter erhalten hatte, daß er das Hutrecht der auf dem Nachbargrundstück stehenden Mühle anerkenne. Das Gericht sprach in seiner Entscheidung davon, daß es in der Übernahme des Hutrechtes, als einer auf dem Gute ruhenden Belastung, einen vom Konkursverwalter zugunsten des Eigentümers des Nachbargrundstückes abgeschlossenen Vertrag sehe, der von diesem für sich geltend gemacht werden könne, da er als in eigenem Interesse der Konkursgläubiger abgeschlossen anzusehen sei. Dieses Interesse ergebe sich ohne weiteres daraus, daß der Konkursverwalter eine den Erlös schmälernde Belastung des veräußerten Gutes nur auf Grund einer feststehenden Verpflichtung gegen das Gut des Eigentümers des Nachbargrundstücks — Klägers — habe verabreden dürfen, und daß daher die Aufnahme dieser Bestimmung in den Vertrag nur in der Absicht erfolgt sein könne, der bestehenden Verpflichtung entsprechend das

7) R. Leonhard S. 25, Gareis S. 32 — zitiert bei Hellwig S. 41. —
8) Seuff A. 24 Nr. 216, 217.

Verhältnis zu regeln.[8a]) Gareis[9]) und Leonhard[9]) wollen in dieser Entscheidung die Anerkennung eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter sehen. Hellwig[10]), der sich gegen diese Auffassung wendet, bemerkt dazu, daß es auch Gareis nicht entgangen sei, daß es sich hier um ein Hutrecht als Grunddienstbarkeit handele, die als solche und nicht kraft Vertrages zugunsten Dritter dem Berechtigten zustehe. Denn er gebe selbst zu, daß die Zugrundelegung der bestehenden Verpflichtung die Annahme eines echten Vertrages zugunsten Dritter zweifelhaft mache. Habe das Hutrecht, so sagt nämlich Gareis, schon zuvor als dingliches Recht bestanden, so liege sicher kein Vertrag zugunsten Dritter vor; denn der Eigentümer erhalte dann durch die Übernahme der Belastung durch den Ersteher kein neues, kein besseres Recht. — Nun haben wir aus der Entscheidung des Ober-Appellationsgerichtes erkennen können, daß dieses gerade von dem Bestehen des Hutrechts zur Zeit des Erwerbes durch den Ersteher ausgeht; wir sind deshalb der Ansicht, daß es sich hier daher nicht um einen Vertrag zugunsten Dritter, sondern nur um die Anerkennung einer bestehenden Grunddienstbarkeit handeln kann.

Allerdings ist für das gemeine Recht zuzugestehen, daß die damals herrschende Lehre eine nicht so entschiedene Gegnerin der dinglichen Verträge zugunsten Dritter war, wie sie es heute ist. Dafür liefert den Beweis eine Entscheidung des Reichsgerichts,[11]) wo eine Anwendung auf solche dinglichen Rechte, die eine Leistung aus einem Grundstück zum Gegenstand haben, befürwortet wird.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß auch Unger[12]) für einen dinglichen Vertrag zugunsten Dritter im gemeinen Recht eintritt.

Für das Gebiet des allgemeinen Landrechts läßt sich für das Bestehen auch dinglicher Verträge zugunsten Dritter ebenfalls kein fester Anhaltspunkt gewinnen. Es muß aller-

8a) Kluckhohn S. 34.

9) Gareis S. 32, 200 Anm. 1, zitiert bei Kluckhohn S. 34. Leonhard S. 25 " " " "

10) S. 41.

11) Gruchot 62/409.

12) In Iherings Jahrbüchern Band X S. 61 Anm. 79a.

dings zugegeben werden, daß die gesetzliche Bestimmung über die Verträge zugunsten Dritter und die Definition des Vertrages so gehalten sind, daß sie auch für dingliche Verträge passen würden. Deshalb glaubt Kluckhohn auch hier an einen dinglichen Vertrag zugunsten Dritter und führt zum Beweis dafür eine Entscheidung des Obertribunals vom Jahre 1874 an, in der, wie er allerdings selbst zugeben muß, die Frage nicht ausdrücklich behandelt ist. In der Literatur schließlich, davon muß sich auch Kluckhohn überzeugen, werden die in Frage stehenden Vorschriften nur im Zusammenhang mit dem Schuldrecht behandelt.[13])

Zum Schluß noch ein Blick auf das französische Recht wegen seiner früheren Geltung für den Westen unseres Reiches. Hier werden gemäß Art. 1121 CC die Verträge zugunsten Dritter zwar nicht allgemein anerkannt, aber soweit dies nach Art. 1121 CC der Fall ist, tritt auch die Erfüllungswirkung unmittelbar in der Person des Dritten nach Art. 711, 1138 CC ein.[14]) Das erkennt auch das Reichsgericht in einer Entscheidung[15]) an, in der es sich darum handelt, ob eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß eine Teilfläche eines Grundstücks nicht bebaut werden dürfe, zugunsten am Vertragsschluß nicht beteiligter Dritter vereinbart werden könne. Das Reichsgericht hat hier die Möglichkeit einer solchen Verabredung ausdrücklich anerkannt.

Aus diesem geschichtlichen Überblick haben wir ersehen, daß die dinglichen Verträge zugunsten Dritter zwar nie eine eindeutige allgemeine Anerkennung, aber ebenso auch nie eine ausdrückliche Ablehnung gefunden haben. Letzteres ist für uns von besonderer Wichtigkeit; denn wenn wir an den bisherigen Gang der Entwickelung der Verträge zugunsten Dritter denken, wissen wir nun, daß an der Nichtanerkennung im Sachenrecht durch das römische Recht, gemeine Recht und allgemeine Landrecht allein ein mangelndes Verkehrsbedürfnis schuld gewesen sein kann. Daraus kann man wieder mit Sicherheit folgern, daß auch für unsere Gesetzgeber derselbe Grund maßgebend war, als sie den Vertrag zugunsten Dritter nur im Schuldrecht und

13) Kluckhohn S. 36.
14) Ewald S. 242 ff.
15) RG. 47/356 ff.

beim Erbvertrag anerkannten. Unsere Gesetzgeber standen wohl noch zu sehr unter dem Eindruck des alten römischen Grundsatzes, als daß sie ohne zwingendes Verkehrsbedürfnis ein weiteres Zugeständnis gemacht hätten. Nach diesen Ausführungen hat es vielleicht den Anschein, als ob auch der Verfasser dieser Arbeit das Verkehrsbedürfnis allein zu untersuchen habe. Das trifft aber durchaus nicht zu; denn da es sich darum handelt, in unser Recht eine neue, bisher nicht vorgesehene Rechtsfigur einzuführen, muß vor allen Dingen genauestens geprüft werden, ob mit den uns zur Verfügung stehenden Mitteln eine solche Einführung durchführbar und im Rahmen unseres gesamten Rechts auch zulässig ist. Erst wenn diese Prüfung für den dinglichen Vertrag zugunsten Dritter günstig verlaufen ist, wird das praktische Bedürfnis die entscheidende Rolle spielen können.

§ 2.

Nach diesem geschichtlichen Überblick wollen wir unsere Abhandlung mit einem kurzen Bericht über die Stellung einleiten, die das heutige Recht, die Rechtssprechung und die in der Wissenschaft herrschende Lehre zu den dinglichen Verträgen zugunsten Dritter einnehmen.

Wir wissen, daß die Regelung, die die Verträge zugunsten Dritter im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse gefunden haben, nur auf Verträge mit schuldrechtlichem Inhalt abgestimmt ist. Nach § 328 ff. BGB. kann ein Dritter aus einem Vertrage berechtigt werden, eine Leistung zu fordern; ihm kann nur ein Anspruch auf die Leistung verschafft werden, nicht die Leistung selbst. Auf Grund dieses Inhalts lassen sich die §§ 328 ff. BGB. naturgemäß nicht unmittelbar im Sachenrecht verwenden. Die Geschäfte, die hier getätigt werden, sind Leistungsgeschäfte; diese rufen eine unmittelbare Änderung in der dinglichen Rechtslage hervor; ein Vertrag zugunsten Dritter würde demnach hier die Situation ergeben, daß dadurch, daß zwei Parteien die zur Begründung oder Übertragung eines dinglichen Rechts erforderlichen Handlungen vornehmen, ein Dritter ohne sein Wissen und Wollen das dingliche Recht erwirbt. Dieser Erfolg läßt sich, wie gesagt, nicht durch eine direkte Verwendung der §§ 328 ff. BGB. erreichen; deshalb wird auch von den Verfechtern des dinglichen Vertra-

ges zugunsten Dritter nur eine entsprechende Anwendung gefordert.

Aus der Rechtsprechung interessiert natürlich vor allem die Stellungnahme des Reichsgerichtes zu diesem Problem. Das Reichsgericht hat jedoch der hier behandelten Frage wenig Verständnis entgegengebracht; das beweisen die Entscheidungsgründe in den einzelnen Fällen, die ihm bisher zur Beurteilung vorlagen. Stets waren es nur kleinliche formelle Gründe, die den Ausschlag gaben, und die zum Teil das Problem gar nicht erfaßten. So hat das Reichsgericht sich beispielsweise in der ältesten der uns vorliegenden Entscheidungen[1]) mit dem Hinweis benügt, daß „die Einigung auf dem Gebiet des Sachenrechts zwar den Vorschriften des allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte, nicht aber den Vorschriften über Verträge auf dem Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse unterliege, soweit nicht auf sie besonders Bezug genommen worden sei". Die nächste Entscheidung,[2]) die sich mit dieser Frage befaßt, läßt dann zwar die Hoffnung aufkommen, daß das Reichsgericht die Bedeutung des Problems erkannt habe; denn es wird, wenn auch nur ganz kurz, angedeutet, daß das Verkehrsbedürfnis eine gewisse Rolle spielen könne. Im vorliegenden Fall wird dann allerdings ein Verkehrsbedürfnis geleugnet und die oben erwähnte Entscheidung bestätigt. Diese Entscheidung erweckt, wie gesagt, gewisse Hoffnungen. Aber alle diese Hoffnungen der Verteidiger der dinglichen Verträge zugunsten Dritter werden vernichtet durch das jüngste Urteil;[3]) wieder spielen nur formelle Gründe bei der Ablehnung eine Rolle. Lehmann,[4]) der zu dieser Entscheidung Stellung nimmt, schreibt, daß das Reichsgericht mit der Berufung auf das Prinzip, daß die Verträge zugunsten Dritter dem Schuldrecht angehören und grundsätzlich keine sachenrechtliche Wirkung haben, nichts bewiesen habe. Es hätte darlegen müssen, warum in diesen besonderen Fällen die analoge Anwendung ausgeschlossen sein solle. Lehmann hat jedoch übersehen, daß das Reichsgericht anscheinend auch auf diese Frage

1) RG. 66/99.
2) RG. 98/282.
3) RG. 124/221.
4) Jur. W. 1931 Nr. 8 S. 525.

Antwort gibt. Er hat übersehen, daß für das Reichsgericht noch ein anderer, wenn auch ebenso formeller Grund bei der Ablehnung maßgebend war, nämlich daß im Sachenrecht nach seiner Meinung die Einigung zwischen Erwerber und Veräußerer zwingend vorgeschrieben ist.

Die ablehnende Stellungnahme des Reichsgerichts hat natürlich auch auf die Literatur einen großen Einfluß ausgeübt. So finden wir im Kommentar der Reichsgerichtsräte den Vermerk, daß die Übertragung der Grundsätze der Verträge zugunsten Dritter auf die dingliche Einigung deshalb unzulässig sei, weil die allgemeinen Regeln der Schuldverhältnisse bei dem dinglichen Vertrag überhaupt nicht anwendbar seien.[5]) Jedoch wird hier eine Ausnahme für das Vorkaufsrecht und die Reallasten gemacht, da es sich in diesen beiden Fällen in erster Linie um die Begründung eines Anspruchs zugunsten Dritter handele. Eine ähnliche Stellung nehmen Enneccerus,[6]) Wolff,[7]) Warneyer[8]) und wohl auch Lehmann[9]) ein, die die entsprechende Anwendung auf solche dinglichen Rechte befürworten, die eine Leistung aus dem Grundstück zum Gegenstand haben (Hypothek, Grundschuld, Reallast), oder auf die Übereignung eines Grundstücks (Vorkaufsrecht) gerichtet sind. Weiter seien als Vertreter der herrschenden Lehre noch genannt: Planck,[10]) Staudinger,[11]) Bruck,[12]) Moeller,[13]) Hellwig,[14]) Thoma[15]) und Nord,[16]) die die dinglichen Verträge zugunsten Dritter in vollem Umfange ablehnen. Gemeinsam ist den eben Genannten, daß sie sich mit der Frage nur äußerst kurz und im allgemeinen an-

5) RGR. (1923) § 328 Anm. 1 S. 483.
6) I 2 § 258 VI.
7) Sachenrecht § 38 II 3 S. 102.
8) § 328 Vorbem. II S. 596.
9) Jur. W. 1931 Nr. 8 S. 525.
10) § 854 3a S. 41.
11) § 328 Anm. 2a S. 544.
12) S. 31.
13) S. 14 ff.
14) S. 53 ff.
15) S. 44 ff.
16) S. 64 ff.

lehnend an die Begründung des Reichsgerichts beschäftigen. Ausführliche Abhandlungen finden wir nur bei den Gegnern der herrschenden Lehre, von denen Kluckhohn, Bruns und Siber und mit kürzeren Darstellungen Franz Leonhard, Heck, Rosenberg, Biermann und Strohal genannt seien. Auf den Inhalt dieser Ausführungen wird im Laufe der Arbeit noch näher eingegangen werden.

§ 3.

Den Gegenstand dieser Arbeit bildet die Frage, ob eine Verwendung der Verträge zugunsten Dritter auch im Sachenrecht möglich ist. Die erste Voraussetzung für eine solche Verwendung ist natürlich die Existenz eines sachenrechtlichen Vertrages. Ob es einen solchen Vertrag gibt, und worin wir ihn zu suchen haben, das zu prüfen soll unsere nächste Aufgabe sein; denn bekanntlich spricht unser Bürgerliches Gesetzbuch an keiner Stelle ausdrücklich von einem dinglichen Vertrage.

Es ist nun bekannt, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch zum Erwerb eines dinglichen Rechts grundsätzlich eine Einigung zwischen Erwerber und Veräußerer verlangt, und daß die herrschende Meinung[1]) diese Einigung als einen Vertrag ansieht. Nicht so bekannt ist vielleicht, daß diese Ansicht vielfach heftig bekämpft wird. Der Streit dreht sich allerdings nicht um das Bestehen eines Vertrages im Sachenrecht überhaupt, sondern vielmehr darum, worin man dort einen Vertrag zu erblicken habe; die Gegner der herrschenden Lehre, vor allem Bruck[2]) und Eccius[3]) bestreiten die Vertragsnatur der Einigung deshalb, weil sie als ein notwendiges Erfordernis eines Rechtsgeschäftes, also auch eines Vertrages, ansehen, daß es selbständig einen rechtlichen Erfolg hervorbringt; die Einigung allein sei aber ein rechtlich unerheblicher Akt, da sie nicht allein sondern nur in Verbindung mit der Eintragung oder Übergabe das

1) Förster S. 55, Nord S. 46 ff, Endemann II § 19 1 S. 87, Grome § 347, § 364, RG. 66/99, 68/99, Staudinger § 873 B I 2, § 929 IV 1, RGR. Kommentar § 873 Anm. 7a, § 929 Anm. 5, Wilutzky i. Arch. f. Bürgerl. Recht S. 67.

2) S. 12.

3) Gruchot 47/54, 45/857 ff, Dt. Jur. Z. 1902 S. 61.

dingliche Recht verschaffen könne.[4]) Die Einigung sei danach nur ein Bestandteil des Rechtsgeschäftes; den Vertrag stelle die Einigung und die Eintragung (Übergabe) in ihrer Gesamtheit dar. Nicht so starke Gegnerschaft findet die herrschende Lehre, insoweit sie die Einigung nach § 854 Abs. 2 BGB. als Vertrag bezeichnet,[5]) und zwar deshalb, weil man glaubt, daß das faktische Moment, das In-der-Lage-sein die tatsächliche Gewalt über eine Sache auszuüben, nicht als selbständiges Moment neben die Einigung trete, sondern nur eine Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit der Einigung bilde.[5a])

Gegen die oben angeführte Meinung von Eccius und Bruck hat Förster[6]) geltend gemacht, daß auch der Einigung rechtliche Bedeutung zukomme. Zur Begründung führt er an, daß eine Eintragung, die ohne Einigung erfolge, rechtsunwirksam sei. Die, wenn auch bloß formlos, zustandegekommene Einigung habe die Rechtswirksamkeit der Eintragung zur Folge. Auf Grund einer Einigung nach § 873 Abs. 2 BGB. könne sogar die Eintragung erzwungen werden. Auch Biermann[7]) erkennt an, daß die Einigung Rechtswirkungen habe; er hält aber Förster sehr richtig entgegen, daß es nicht die von den Parteien gewollten sondern solche seien, die diesen regelmäßig nicht zum Bewußtsein kämen. Wir sind mit Biermann durchaus einig, daß es aber nur auf die von den Parteien gewollten Rechtswirkungen ankommen kann, wenn man von einem Vertrage die selbständige Herbeiführung des rechtlichen Erfolges verlangt. Abzulehnen ist ferner der Einwand Försters, daß aus einer Einigung nach § 873 Abs. 2 BGB. die Eintragung erzwungen werden könne. § 873 Abs. 2 BGB. besagt nur, daß die Parteien an die Einigung gebunden sind, und das heißt nur, daß die Einigung nicht widerrufbar ist; erzwungen werden kann dagegen die Eintragung nur auf Grund des obligatorischen Rechtsgeschäftes. — Eine kritische Stel-

4) Gegen die herrschende Meinung noch: Martin Wolff, Sachenrecht § 38 II 2, Kretzschmer S. 79 ff, Stöver S. 150 ff, Steyert S. 29 Biermann S. 4.

5) Wolff § 11 II S. 31.

5a) Nord S. 57 ff.

6) S. 55.

7) S. 4.

lungnahme zu den oben entwickelten Meinungen von Ecc i u s und B r u c k erfolgt erst bei der Begründung der herrschenden Lehre, der auch wir uns anschließen werden.

Deren Vertreter führen zunächst zur Stützung ihrer Ansicht die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches an. Im ersten Entwurf war nämlich der Ausdruck „Einigung" noch nicht gebräuchlich; vielmehr lautete § 828, der dem jetzigen § 873 entspricht, folgendermaßen: „Zur Übertragung des Eigentums ..... an einem Grundstück ist ein zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schließender Vertrag und Eintragung ins Grundbuch erforderlich." Hier finden wir also noch das Wort „Vertrag" an der Stelle, wo heut „Einigung" steht. Diesen Ausdruck hat erst die Kommission für den zweiten Entwurf eingeführt. Die Anhänger der auch von uns vertretenen Lehre entnehmen nun diesen Vorgängen als für sie sprechend einmal den Umstand, daß das Wort „Vertrag" ursprünglich an der Stelle der „Einigung" stand; dann aber auch, daß die zweite Kommission mit der Ersetzung durch das Wort „Einigung" keine sachliche Änderung vornehmen wollte. Den Beweis dafür liefern uns die Protokolle.[8]) Aus ihnen ersehen wir, daß die Mehrheit der Kommission die Änderung deshalb wünschte, weil es dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes nicht entspräche, das in Rede stehende Rechtsverhältnis als Vertrag zu bezeichnen. Die Juristen, so meinte man, würden unschwer erkennen, daß oder inwieweit auf die fragliche Erklärung die Grundsätze des Vertrages Anwendung zu finden hätten, wenn auch das Wort „Vertrag" im Gesetz nicht gebraucht sei. — Rein äußere Bedenken waren also nur der Grund, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch im Sachenrecht nicht auch heut noch ausdrücklich von einem Vertrage spricht. Der Umstand, daß man mit der Änderung nur dem Sprachgebrauch des Volkes entgegenkommen wollte, ergibt, daß nach der Ansicht der Kommission sachlich und inhaltlich die Einigung des zweiten Entwurfs und der Vertrag des ersten Entwurfs sich decken.[8a]) Es ist nun selbstverständlich, daß uns die Entstehungsgeschichte allein für unsere Beweisführung nicht genügen kann. Unsere Hauptpflicht muß es bleiben, nach-

8) III S. 59.

8a) Nord S. 49.

zuweisen, daß die Einigung auch wirklich alle die Voraussetzungen erfüllt, die unser Recht an einen Vertrag stellt. Unser Bürgerliches Gesetzbuch besitzt nun zwar im allgemeinen Teil Vorschriften über Verträge, leider aber keine Definition. Die Rechtsprechung hat sich deshalb der in der Wissenschaft herrschenden Ansicht darüber, wann man von einem Vertrage sprechen kann, angeschlossen. Der Vertrag ist nach seiner Stellung im Gesetz ein Unterbegriff des Rechtsgeschäfts, ein sogenanntes zweiseitiges Rechtsgeschäft. Die herrschende Lehre teilt nun auch heute noch die bereits in den Motiven[9]) festgelegte Ansicht, daß ein Rechtsgeschäft eine Privatwillenserklärung sei, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung eintrete, weil er gewollt sei. Die eingangs dieses Abschnittes erwähnten Ansichten von Eccius und Bruck verlangen nun von einem Rechtsgeschäft die selbständige Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges und leugnen deshalb die Vertragsnatur der Einigung. Nur insoweit ist ihrer Ansicht zuzustimmen, daß die Einigung die von den Parteien gewollten Rechtswirkungen nicht selbständig herbeiführen kann. Der Zusammenschmelzung von Einigung und den realen Momenten der Eintragung oder Übergabe zu einem Vertrage, wie sie Eccius und Bruck verlangen, können wir jedoch nicht zustimmen. Sie erscheint uns ganz unmöglich beim Erwerb von Liegenschaftsrechten. Denn eine obrigkeitliche Handlung, wie die Eintragung sie ist, kann unmöglich Bestandteil eines privaten Rechtsgeschäftes sein.[10]) Aber auch sonst ist unserer Meinung nach die Ansicht von Eccius und Bruck nicht richtig. Wenn diese sich auf die von uns oben mitgeteilte Definition des Rechtsgeschäfts stützen, so können wir dem entgegenhalten, daß auch die Einigung für sich allein den Ansprüchen dieser Definition genügt. Denn auch nach der Ansicht der Protokolle,[11]) aus denen diese Definition stammt, schadet es für die Gültigkeit eines Vertrages nichts, wenn die Willenserklärungen der Parteien ihre Wirksamkeit nur in Verbindung mit einem außerhalb derselben stehenden Tatumstand äußern können; und solche Tatumstände sind eben die Ein-

9) Band I S. 126.
10) Kluckhohn S. 161.
11) III S. 58.

tragung und die Übergabe.[10]) Wenn Eccius und Bruck also bei einem Rechtsgeschäft die selbständige Herbeiführung des gewollten rechtlichen Erfolges verlangen, so fordern sie eine Wirkung, die die Willenserklärungen der Parteien wohl in der Regel haben, die sie aber durchaus nicht immer haben müssen. Die in den Protokollen enthaltene Ansicht hat aber für uns schon deshalb ausschlaggebende Bedeutung, weil auch die noch heut herrschende Begriffsbestimmung der Rechtsgeschäfte aus ihnen stammt. Es ist deshalb durchaus berechtigt, wenn wir mit der herrschenden Lehre die Einigung allein als den dinglichen Vertrag ansehen.

§ 4.

Wir hatten oben (§ 2) bereits erwähnt, daß die Verfechter der dinglichen Verträge zugunsten Dritter eine analoge Anwendung der §§ 328 ff. BGB. verlangen. Daraus ergibt sich für uns, die wir untersuchen wollen, ob diese Analogie möglich ist, die Notwendigkeit, den schuldrechtlichen Vertrag zugunsten Dritter zum Ausgangspunkt unserer Betrachtungen zu wählen. Es erscheint uns nun im Rahmen unserer Arbeit allein wichtig, das Wesen, die Eigentümlichkeiten dieser vom Gesetz anerkannten Rechtsfigur kennen zu lernen. Dabei wollen wir im Hinblick auf die Aufgabe, die wir uns in diesem Abschnitte gestellt haben, zunächst solche Sonderheiten besprechen, die eine Parteiverabredung als einen Vertrag zugunsten Dritter kennzeichnen, um dadurch eine klare Unterscheidungsmöglichkeit gegen andere Rechtsfiguren, insbesondere hier gegen die Stellvertretung, zu gewinnen. Gerade die Ähnlichkeit mit der Stellvertretung würde nämlich dem dinglichen Vertrag zugunsten Dritter, wie wir noch sehen werden, viel Schwierigkeiten bereiten. Eine Gegenüberstellung dieser beiden Rechtsfiguren erscheint uns daher am Platze. Durch die Gegenüberstellung wollen wir uns hier Klarheit darüber verschaffen, ob auch im Sachenrecht der Vertrag zugunsten Dritter einen Platz neben der Stellvertretung einnehmen könnte, oder ob die Ähnlichkeit dort zwischen beiden soweit geht, daß überhaupt keine Unterscheidungsmöglichkeit mehr besteht. In letzterem Falle wäre ein dinglicher Vertrag zu-

10) Kluckhohn S. 161.

gunsten Dritter neben der Stellvertretung praktisch gar nicht denkbar.

Auf die große Ähnlichkeit der Verträge zugunsten Dritter mit der Stellvertretung hat besonders Bruns[1]) hingewiesen: Beide Institute fielen unter die Gruppe des Handelns in fremdem Interesse; bei beiden verspreche der Schuldner seinem Gegner, an einen Dritten zu leisten; beide ließen durch das Handeln des einen bei einem anderen direkte Wirkungen, den unmittelbaren Erwerb von Rechten, entstehen, wobei der andere, der eigentliche Interessent, dem Geschäft fernbleibe. Bruns begnügt sich mit der Feststellung der großen Ähnlichkeit, unterläßt es aber, auch die Unterscheidungsmerkmale beider Rechtsfiguren festzulegen; und gerade das erscheint uns, abgesehen von der Bedeutung für unsere Arbeit, allein wegen der Tatsache als das Wichtigste, daß im Gesetz neben der Stellvertretung auch noch Verträge zugunsten Dritter positiv geregelt sind; denn das wäre doch wohl nicht der Fall, wenn keine tiefgreifenden Unterschiede zwischen beiden bestünden.

Aus dem Gesetz ergibt sich zunächst, daß bei der Stellvertretung der Mittler in fremdem Namen, bei Verträgen zugunsten Dritter in eigenem Namen handelt. Richtig ist, daß darin ein Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsfiguren liegt; unmöglich ist es jedoch, nach diesem Gesichtspunkt auf Grund der von den Parteien gewählten Ausdrücke die Eingruppierung vorzunehmen. Die bei Vertragsschluß gesprochenen Worte sind vielmehr im höchsten Grade auslegungsbedürftig.[2]) Die Parteien werden oft erklären, für einen anderen handeln zu wollen, und daraus wird sich manchmal ergeben, daß sie als Stellvertreter, manchmal daß sie in eigenem Namen zu fremden Gunsten handeln wollen. Nicht die Worte sind also entscheidend, sondern deren Sinn.

Ebenso wenig ist es richtig, wenn man glaubt, man könne die Entscheidung von der Feststellung abhängig machen, ob der Mittelsmann in eigenem oder fremdem Interesse gehandelt habe, von der Auffassung ausgehend, daß bei der Stellvertretung der Vertreter im Gegensatz zu dem Ver-

1) S. 116 ff.
2) Siber 33.

sprechensempfänger bei Verträgen zugunsten Dritter stets in fremdem Interesse tätig sei. Unrichtig ist diese Ansicht deshalb, weil, wie Bruns[3]) zeigt, auch der Vertreter stets ein eigenes Interesse am Vertrage habe, das darin liege, daß die Pflichten, die sich für ihn aus dem der Stellvertretung zugrunde liegenden Kausalverhältnis ergäben, erfüllt würden. In dem Verhältnis zum Dritten liege für den Mittler das eigene Interesse an seinem Handeln sowohl bei der Stellvertretung als auch bei Verträgen zugunsten Dritter.[3])

Siber[5]) erblickt den Unterschied in folgendem: Stellvertretung liege stets dann vor, wenn die erklärungsgemäßen Wirkungen ausnahmslos in der Person des Dritten eintreten sollen, während ein Vertrag zugunsten Dritter dann anzunehmen sei, wenn die erklärungsgemäßen Vertragswirkungen als ganzes den Vertragsgegner treffen sollen, während ein vertraglicher Anspruch als einzelner einem Dritten zustehen soll.[6]) Betont wird hier als Eigentümlichkeit der Verträge zugunsten Dritter ein Auseinanderfallen der Vertragswirkungen. Dieser Unterschied trifft zwar zu; leider erweist er sich jedoch im Sachenrecht für die Unterscheidung zwischen Stellvertretung und Verträgen zugunsten Dritter als unbrauchbar. Ein Auseinanderfallen der Vertragswirkungen ist bei einem sachenrechtlichen Vertrage vollständig unmöglich.[7]) Denn der dingliche Vertrag kennt nur eine Wirkung, und das ist die Begründung oder Übertragung des dinglichen Rechts. Zwar ist auch beispielsweise das Eigentum ebenso wie das Schuldverhältnis ein rechtlicher Organismus, dem Einzelrechte und Einzelpflichten entspringen; so ist es zwar möglich, daß das Eigentum einem anderen zusteht, als der aus dem Eigentum fließende Anspruch auf Besitzherausgabe. Unmöglich aber ist, daß ein solcher Anspruch auf Grund eines Vertrages zugunsten Dritter den Annehmenden als solchen trifft. Vielmehr ist ein solches Auseinanderfallen nur mit einer zweiten Verfügung, der Abtretung des Anspru-

---

3) S. 116 ff.

5) S. 6, 7.

6) Ebenso Planck Vorbem. § 328 S. 410. Hellwig S. 49, 44.

7) Planck Vorbem. 5 vor § 328 macht die entsprechende Anwendung der Verträge zu Gunsten Dritter auf andere Rechtsgebiete von der Möglichkeit des Auseinanderfallens der Vertragswirkungen abhängig.

ches, zu erreichen.[8]) Siber,[9]) der in dem Auseinanderfallen der Vertragswirkungen den maßgebenden Unterschied zur Stellvertretung sieht, will die Gefahr, die der Konstruktion eines sachenrechtlichen Vertrages zugunsten Dritter erwächst, dadurch abwenden, daß er behauptet,[10]) eine „isolierte Betrachtung", das heißt eine Betrachtung der dinglichen Einigung allein, bei der Frage, ob sie zu fremden Gunsten oder in fremdem Namen abgeschlossen sei, sei nicht angängig. Er weist zunächst darauf hin, daß die abstrakten Verträge, bei denen doch auch im Schuldrecht ein Auseinanderfallen der Vertragswirkungen unmöglich sei, „Elemente eines rechtlich verständlichen Tatbestandes blieben" und „der Ergänzung durch eine kausale Beziehung bedürften, die sie erst verständlich mache". „Ihre Wirkungen ergäben sich zwar in mancher, aber nicht in jeder Beziehung aus der isolierten Betrachtung." Deshalb werde sich in allen praktisch ernst zu nehmenden Fällen nur aus dem Rechtsgrund ergeben können, ob ein abstrakter Vertrag in eigenem Namen zu fremden Gunsten geschlossen werden solle.[11]) Auf dieselbe Art will Siber auch bei den sachenrechtlichen Verträgen, die doch auch abstrakte Verträge sind, unterscheiden, ob ein Vertrag zu fremden Gunsten oder in fremdem Namen abgeschlossen wird und sich für ersteren entscheiden, wenn der Rechtsgrund der Einigung im Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Annehmenden liegt.

Neben diesem Weg, den Siber beschreitet, gibt es noch eine andere Möglichkeit, eine Abgrenzung gegenüber der Stellvertretung mit Erfolg durchzuführen. Die andere Sonderheit der Verträge zugunsten Dritter, auf die es uns jetzt ankommt, liegt in der Wirkung der Erfüllung durch den Schuldner.[12]) Bähr[13]) und Regelsberger[14]) haben schon darauf hingewiesen, daß beim Vertrage zugunsten Dritter im Gegensatz zur Stellvertretung durch ein

8) S. 21 Siber.
9) S. 7.
10) Siber S. 16 ff, 22.
11) Siber S. 22.
12) Kluckhohn S. 25, 105.
13) S. 136.
14) S. 3.

Rechtsgeschäft zwei Vermögenszuwendungen vollzogen werden. Wenn nämlich der Schuldner an den Dritten leistet, erfüllt er seine Verpflichtung gegenüber dem Versprechensempfänger; dieser wiederum benützt die Leistung seines Schuldners, um einem Dritten eine Zuwendung zu machen.[15]) Wir haben es demnach hier mit einer Doppelleistung zu tun, während im Gegensatz hierzu bei der Stellvertretung die Leistung des Schuldners stets nur eine solche des Schuldners an den Vertretenen ist. Diese Eigentümlichkeit der Verträge zugunsten Dritter behauptet sich auch im Sachenrecht. Der Versprechende verschafft dem Versprechensempfänger durch den Abschluß des Vertrages die Möglichkeit, einem Dritten eine Leistung zu machen, und in der Verschaffung dieser Möglichkeit liegt eine Leistung des Versprechenden an den Versprechensempfänger.[16]) Der Dritte wiederum empfängt die Leistung des Versprechenden als eine solche des Versprechensempfänger. In dieser doppelten Leistung liegt ein wesentlicher Unterschied zur Stellvertretung, der beweist, daß sich im Sachenrecht Verträge zugunsten Dritter und Stellvertretung nicht völlig decken. Außerdem ist zu erwähnen, daß bei Verträgen zugunsten Dritter der Dritte das Recht ohne sein Wissen sofort erwirbt, sobald die Handelnden die zur Verschaffung des Rechts im Gesetz vorgeschriebenen Handlungen vorgenommen haben, während bei der Stellvertretung ein sofortiger Erwerb ohne Wissen des Erwerbers unmöglich ist. Während im Regelfall der Vertretene von dem Erwerbe weiß, wird im Falle der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht der Erwerb erst mit der Genehmigung des Vertretenen wirksam. Allerdings hat die Genehmigung rückwirkende Kraft. Aber diese Tatsache könnte dem Vertrage zugunsten Dritter höchstens die praktische Bedeutung schmälern; der Unterschied bleibt jedoch bestehen; und wir werden später noch sehen, daß dieser Unterschind auch praktische Bedeutung hat.

Es soll nochmals hier betont werden, daß es uns an dieser Stelle nicht darauf ankam nachzuweisen, daß die Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht nach wirtschaftlichen, praktischen Gesichtspunkten eine Bedeutung neben

15) Ebenso Hellwig S. 45.

16) Kluckhohn S. 106.

der Stellvertretung haben würden, sondern nur darauf, ob Unterschiede zwischen beiden bestehen, ob also Verträge zugunsten Dritter neben der Stellvertretung im Sachenrecht überhaupt denkbar sind. Und dieser Nachweis der selbständigen Existenzmöglichkeit der dinglichen Verträge zugunsten Dritter ist uns durch die Ausführungen dieses Abschnittes gelungen.

§ 5.

Nach diesen notwendigen einleitenden Feststellungen kommen wir jetzt zu unserem eigentlichen Thema. Die Frage, die wir zu beantworten haben, lautet: Ist eine analoge Anwendung der §§ 328 ff. BGB. im Sachenrecht möglich?

Die Analogie findet Verwendung, wenn in der Praxis eine Frage auftaucht, die im Gesetz nicht geregelt ist, sei es daß die Gesetzgeber die Frage nicht haben regeln wollen oder nicht haben regeln können, vielleicht weil sie die Frage übersehen oder wegen der besonderen Lebensverhältnisse zur Zeit der Gesetzgebung noch nicht genügend erkannt haben.[1]) Mit Hilfe der Analogie werden solche Fragen durch eine ausdehnende Anwendung der im Gesetz positiv anerkannten Rechtssätze gelöst, sofern sich zu diesen nur unwesentliche Unterschiede ergeben.[2]) Der Unterschied nun zwischen den schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Verträgen zugunsten Dritter würde in folgendem liegen: Im Schuldrecht erwirbt der Dritte nur einen Anspruch auf ein Recht, im Sachenrecht dagegen würde er das Recht selbst erwerben. Dieser Unterschied ist jedoch unwesentlich; er beruht nur auf der besonderen Natur der beiden Rechtsgebiete, und wir wissen aus den Motiven,[3]) daß die Erwägungen, die zur Anerkennung der Verträge zugunsten Dritter im Schuldrecht geführt haben, nicht auf der besonderen Natur des Rechts der Schuldverhältnisse beruht haben. Weiterhin ist bei der Analogie zu beachten, daß man sich, bevor man sie befürwortet, zunächst Klarheit darüber verschaffen muß, ob sich nicht irgendwie aus dem Gesetz ergibt, daß die analoge Anwendung unzulässig sein soll.

1) Enneccerus I 1 § 53 I 2 S. 116.
2) Kluckhohn S. 98.
3) 5, 348.

Gegen den Willen des Gesetzes ist natürlich eine Ergänzung des Rechts durch Analogie ausgeschlossen.[3a])

Es sind nun auch wirklich von den Gegnern der dinglichen Verträge zugunsten Dritter verschiedene Einwände erhoben worden, die ihre Grundlage im Gesetz haben sollen; aus ihnen soll sich die Unzulässigkeit der Analogie ergeben.

Schon oben (§ 2) hatten wir darauf hingewiesen, daß des öfteren gegen unsere Rechtsfigur ein äußerst formeller Grund vorgebracht wird. Man hat geltend gemacht, daß ein dinglicher Vertrag zugunsten Dritter deshalb ausgeschlossen sein soll, weil „der dingliche Vertrag zwar den Vorschriften des allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte, aber nicht den Vorschriften über Verträge auf dem Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse unterliege, soweit nicht besonders auf sie Bezug genommen sei". Diese Begründung, die den Kern der Sache gar nicht erfaßt, beweist uns nichts; aus ihr können wir nur entnehmen, daß eine unmittelbare Anwendung des Rechtsgedankens aus den §§ 328 ff. BGB. ausgeschlossen ist; nichts aber ist damit gegen eine analoge Anwendung gesagt; denn die Analogie greift ja gerade dann Platz, wenn eine unmittelbare Anwendung ausgeschlossen ist.

Es sind drei Gründe, die gegen eine analoge Anwendung der §§ 328 ff. BGB. im Sachenrecht zu sprechen scheinen; von diesen werden besonders zwei immer und immer wieder von den Gegnern gegen die hier behandelte Rechtsfigur vorgebracht. Zunächst heißt es, es sei unzulässig, daß der Dritte ohne seinen Willen beschwert werde, und das geschehe dadurch, daß er durch die Verschaffung des dinglichen Rechts in eine rechtliche Stellung gebracht werde, in der er der Geltendmachung von Ansprüchen ausgesetzt sei, die gegen den dinglich Berechtigten als solchen zu richten sind. Dieser Einwand kann mit dem Hinweis auf § 333 BGB. abgetan werden,[4]) dessen analoge Verwendung natürlich auch für das Sachenrecht in Frage käme; denn lehnt der Dritte den Erwerb ab, dann ist gemäß § 333 BGB. seine Lage die gleiche, als hätte er das Recht nie erworben. Der Dritte hat also keine Beschwerung ohne sei-

3a) Kluckhohn S. 95.

4) Bruns S. 123, Siber S. 31, Strohal S. 87 ff, Rosenberg S. 541, Kluckhohn S. 175.

nen Willen zu befürchten. Dieser Einwand der Gegner der dinglichen Verträge zugunsten Dritter ist infolgedessen unbegründet.

Der Hauptgrund jedoch, weshalb die Vertreter der herrschenden Lehre den sachenrechtlichen Vertrag zugunsten Dritter ablehnen, ist der, daß man in der Zulassung dieser Rechtsfigur eine Verletzung des im Sachenrecht geltenden materiellen Konsensprinzipes sieht.[5]) Veranlassung dazu gibt der Wortlaut der §§ 854 Abs. 2, 873, 925, 929 BGB. Man entnimmt daraus, daß im Sachenrecht beim Erwerb eines dinglichen Rechts zwingend der Erwerber an der Einigung teilnehmen müsse.[6]) Ein Vertrag zugunsten Dritter sei deshalb nicht möglich. Rosenberg[7]) weist demgegenüber darauf hin, daß die herrschende Lehre auf eine reine Wortinterpretation zurückzuführen sei, die zurückstehen müsse, wenn sachliche Gründe zur Annahme des Gegenteils führen. Der sachliche Grund ist für Rosenberg das Verkehrsbedürfnis. Bruns[8]) macht darauf aufmerksam, daß jeder Erwerb eines Rechtes, eines obligatorischen genau so wie eines dinglichen, sich auf dem Konsensprinzip aufbaue. „Stets bilde der Wille des Erwerbers den Grund und die erste Voraussetzung seines Erwerbes." Von diesem „Fundamentalsatz" bedeuteten die Verträge zugunsten Dritter eben eine Ausnahme und zwar ohne Beschränkung auf den Erwerb obligatorischer Rechte. „So gut man ohne eigenes Wissen und ohne eigenen Willen Forderungsgläubiger werden könne, ebenso gut könne man auch ohne eigenen Willen Rechte anderer Art erwerben. Das eine sei nicht wunderbarer als das andere."

Kluckhohn,[9]) der unter materiellem Konsensprinzip, wie wir später sehen werden, im Sachenrecht etwas anderes versteht, führt gegen die herrschende Lehre aus, daß auch im Schuldrecht zur Änderung eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Beteiligten vorausgesetzt werde (§ 305 BGB.). Wenn trotzdem im Schuldrecht Verträge zugunsten Dritter zugelassen seien, so sei der Wortlaut des § 305

5) Bruns S. 122, Kluckhohn S. 175.
6) RGR.-Kommentar (1929) § 328 Anm. 1.
7) S. 541.
8) S. 122.
9) S. 175.

BGB. nur so zu erklären, daß man bei der Festlegung des Gesetzestextes nur den Regelfall ins Auge gefaßt habe. Genau so aber verhalte es sich im Sachenrecht. Auch hier habe man bei der Festsetzung des Gesetzestextes nicht schon mit dem Wortlaut die Verträge zugunsten Dritter ausschalten wollen. Die Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber treffe auch hier nur den Regelfall.[9a]) Diese Auffassung Kluckhohns ist durchaus einleuchtend, wenn man bedenkt, daß die Gesetzgeber gar keine Veranlassung hatten, dem Gesetz eine andere Fassung zu geben. Sie kannten ja gar nicht sachenrechtliche Verträge zugunsten Dritter. Deshalb ist es unseres Erachtens auch verfehlt, aus der ausdrücklichen Erwähnung des Erwerbers und Veräußerers auf eine besondere Absicht des Gesetzgebers zu schließen. Es besteht übrigens auch gar kein ersichtlicher gesetzgeberischer Grund, warum man gerade den Erwerber stets an der Einigung hätte teilnehmen lassen wollen. Der einzige Grund könnte doch nur der sein, daß man hätte verhindern wollen, daß dem Dritten eine rechtliche Stellung aufgebürdet werden könnte, die ihm sehr unbequem werden könnte; doch gegen diese Gefahr schützt den Dritten, das haben wir bereits gesehen, das Zurückweisungsrecht.

Kluckhohn[10]) hat deshalb Recht, wenn er ausführt, daß das materielle Konsensprinzip etwas ganz anderes bedeute, als die Vertreter der herrschenden Lehre glaubten. Es bedeute nämlich nicht, daß die Einigung gerade zwischen Erwerber und Veräußerer vor sich gehen müsse, sondern nur, daß zur Begründung und Übertragung dinglicher Rechte neben dem Publizitätsakt nicht eine einseitige Erklärung des Passivbeteiligten genüge, daß es vielmehr einer Einigung des Aktiv- und Passivbeteiligten bedürfe.[11]) Wer aber als Aktivbeteiligter zu bezeichnen sei, ob nur der, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintrete, oder auch ein anderer, der zugunsten des Erwerbers an der Einigung teilnehme, werde vom Gesetz im Sachenrecht nicht entschieden. Der Grundsatz des materiellen Konsensprinzipes werde

9a) Ebenso Fr. Leonhard § 183.

10) S. 176.

11) Bruck S. 31 ist der Ansicht, daß das materielle Konsensprinzip bedeute, daß niemand gegen seinen Willen berechtigt werden könne.

auch bei der Anwendung der Verträge zugunsten Dritter gewahrt; denn auch in diesem Fall erwerbe der Dritte das Recht nicht auf Grund einer einseitigen Verfügung des Passivbeteiligten, sondern auf Grund einer Einigung.

Durch diese Feststellungen, denen wir durchaus beipflichten, hat sich auch der Einwand, daß das materielle Konsensprinzip eine analoge Anwendung der Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht verbiete, als unbegründet herausgestellt.

Kurz zu erwähnen bleibt noch, daß für diejenigen, die dem römischen und gemeinen Recht folgend zum Besitzerwerb einen Besitzwillen des Erwerbers verlangen, eine neue Schwierigkeit erwächst, wenn sie, wie Bruns[12]) es tut, trotzdem einen Vertrag zugunsten Dritter auch im Besitzrecht anerkennen wollen. Denn der Dritte hat in den meisten Fällen gar keine Ahnung davon, daß irgend welche Personen übereingekommen sind, ihm Besitz zu verschaffen. Bruns[13]) will diese Schwierigkeit so umgehen, daß er in der Nichtablehnung oder Genehmigung des Erwerbes durch den Dritten den Besitzwillen sieht, der hier rückwärts wirken soll wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag. Wir schließen uns jedoch der herrschenden Meinung an, die von dem Erfordernis des Besitzwillens absieht; deshalb ergibt sich für uns wegen des Besitzwillens keine neue Schwierigkeit bei der Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter im Besitzrecht. Zur Begründung unserer Ansicht ist im Rahmen dieser Arbeit eine ausführliche Darstellung der Streitfrage, welche Bedeutung dem Besitzwillen beim Besitzerwerb zukommt, nicht möglich. Kurz wollen wir jedoch die Frage streifen. Zunächst können wir aus der Entstehungsgeschichte unseres Bürgerlichen Gesetzbuches ersehen, daß der Besitzwille nicht die Bedeutung eines selbständigen, der tatsächlichen Gewalt koordinierten Erfordernisses beim Besitzerwerb haben sollte.[14]) Denn nachdem im ersten Entwurf[15]) im Anschluß ans gemeine Recht der Besitzerwerb ausdrücklich von dem Vorhandensein eines Besitz-

12) S. 116 ff.
13) S. 123 Anm. 1.
14) Biermann S. 10/11.
15) § 797.

willens abhängig gemacht worden war, hatte die Kommission für den zweiten Entwurf[16]) den Besitzwillen gestrichen. Man hatte erkannt, daß es auch in solchen Fällen, in denen ein Besitzwille offensichtlich nicht vorhanden war, oft angemessen sei, Besitz anzuerkennen, um den Besitzschutz gewähren zu können. Damit war aber auch der Besitzwille als notwendiges Erfordernis des Besitzerwerbes abgetan;[17]) und das ist für uns, die wir den hier behandelten dritten Einwand gegen die Verträge zugunsten Dritter im Besitzrecht nicht anerkennen wollen, das Entscheidende. Richtig ist allerdings, daß der Besitzwille beim Besitzerwerb nicht völlig bedeutungslos ist. Bedeutung wird ihm vielmehr oft für die Frage zukommen, ob über eine Sache die tatsächliche Gewalt begründet worden ist.[18]) Strohal[19]) bildet das Beispiel, daß ein Hund Schwemmholz auffischt und am Ufer liegen läßt; er meint, aus § 867 BGB. ergebe sich schon, daß hier der Grundstücksbesitzer keinen Besitz erwerben könne; aber dies eben nur deshalb, weil hier von einer unmittelbaren Gewalt über die Sache nicht gesprochen werden könne. Anders liege der Fall, wenn jemandem ohne sein Wissen Papiere in seine Brieftasche gesteckt würden; hier sei die Gewalt über die Papiere von einer solchen Tatsächlichkeit, daß es nur eines Aktes seinerseits bedürfe, wenn er diese Gewalt nicht mehr haben wolle. — Wenn also in ersterem Beispiel zur Erlangung des Besitzes Besitzwille erforderlich ist, dann nur aus dem Grunde, weil erst aus dem Vorhandensein des Besitzwillens auf das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt geschlossen werden kann. Der Besitzwille ist also kein selbständiges Erfordernis zum Besitzerwerb, sondern unter Umständen nur Voraussetzung für das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt.[20]) Daraus aber ergibt sich für unsere Arbeit, daß der Besitzwille für die Verträge zugunsten Dritter im Besitzrecht kein grundsätzliches Hindernis sein kann.

Als Ergebnis können wir feststellen, daß alle drei Gründe, die gegen den dinglichen Vertrag zugunsten Dritter

16) Protokolle 31.
17) Staudinger § 854 I 2 b. S. 21.
18) Strohal S. 67, Biermann S. 10/11, Thoma S. 31.
19) S. 67.
20) Biermann S. 11.

vorgebracht werden, nicht stichhaltig sind. Lehmann[21]) will dasselbe Ergebnis auf sehr einfache Art erreichen. Er weist darauf hin, daß allein die Tatsache, daß im Sachenrecht der Erwerb dinglicher Rechte durch vollmachtlose Stellvertretung anerkannt sei, genüge, um uns davon zu überzeugen, daß auch durch den sachenrechtlichen Vertrag zugunsten Dritter kein wesentlicher Grundsatz des Sachenrechts verletzt werden würde. Als Grund hierfür gibt er an, daß die durch die dinglichen Verträge zugunsten Dritter angestrebte Wirkung sich ebenso durch Verwendung der vollmachtlosen Stellvertretung erreichen lasse. Diese Ansicht wäre jedoch nicht geeignet, die Vertreter der herrschenden Lehre beispielsweise davon zu überzeugen, daß die Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht nicht gegen das materielle Konsensprinzip, so wie es diese auffassen, verstoßen; denn bei der vollmachtlosen Stellvertretung wird durch die Genehmigung des Vertretenen dieser selbst zur Vertragspartei; damit ist aber der herrschenden Lehre genügt; bei Verträgen zugunsten Dritter erlangt diese Stellung der Dritte jedoch nie; denn hier ist der Versprechensempfänger Vertragspartei.

§ 6.

Mit den Darlegungen des vorigen Abschnittes haben wir zwar die Gegengründe der herrschenden Lehre entkräftet, dieser Erfolg läßt jedoch noch keinen Schluß darüber zu, ob nun im Sachenrecht auch wirklich ein Vertrag zugunsten Dritter anzuerkennen ist. Wenn wir zu diesem Ergebnis kommen wollen, müssen wir erst Gründe suchen, die positiv für eine Anerkennung sprechen. Wir erinnern uns, daß wir in § 1 dieser Abhandlung bereits davon gesprochen haben, daß nach der Feststellung, daß sich aus dem geltenden Recht keine Hindernisse für die Analogie ergeben, das praktische Bedürfnis die entscheidende Rolle spielen wird. Bevor wir jedoch diesen Nachweis führen, möchten wir noch zunächst zwei Punkte behandeln, die von den Gegnern der herrschenden Lehre öfters angeführt werden. Diese sollen beweisen, daß auch heut schon unser Recht dingliche Verträge zugunsten Dritter anerkennt. Gelänge uns dieser Nachweis, dann wäre nämlich der Nachweis eines

21) Jur. W. 1931 S. 525 Nr. 7.

praktischen Bedürfnisses gar nicht nötig; schon aus der Tatsache, daß unser Recht dingliche Verträge zugunsten Dritter irgendwie anerkennt, würde sich die allgemeine Zulässigkeit der Anologie ergeben.

Es wird einmal behauptet, daß die §§ 328 ff. BGB. nur ein Anwendungsfall des das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden allgemeinen Rechtsgedankens seien,[1]) daß durch Vertrag auch einem unbeteiligten Dritten ein Vermögensvorteil zugewendet werden könne. Wäre das der Fall, dann würde sich daraus tatsächlich auch die Möglichkeit sachenrechtlicher Verträge zugunsten Dritter ergeben. Zum Beweise dafür, daß ein solcher allgemeiner Rechtsgedanke besteht, weist man zunächst auf § 1941 Abs. 2 BGB. hin, wo als ein anderer Fall ausdrücklich anerkannt sei, daß durch Vertrag auch ein unbeteiligter Dritter als Erbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzt werden könne. Der Erbvertrag zugunsten Dritter kann natürlich als Beweismittel für die Verallgemeinerung des eben erwähnten Rechtsgedankens nur dienen, wenn er sich von dem in § 328 BGB. geregelten Falle grundsätzlich unterscheidet, und das ist auch der Fall. Die folgenden Ausführungen werden nämlich ergeben, daß der Erbvertrag zugunsten Dritter von dem Verpflichtungsvertrage gemäß § 328 BGB. völlig wesensverschieden und ein Vertrag mit ausschließlich erbrechtlicher Wirkung ist,[2]) der mit jenem nichts als den Namen gemeinsam hat.[3])

Kluckhohn[4]) erbringt in recht ausführlicher Darstellung den Beweis hierfür. Durch den Erbvertrag werde im Gegensatz zu den Verpflichtungsverträgen kein Forderungsrecht begründet; der Vertragsgegner, also im Falle eines Vertrages zugunsten Dritter der Dritte, erwerbe nur eine Aussicht, eine Anwartschaft auf künftige Erbes- oder Vermächtnisnehmerstellung. Das Recht selbst erlange der Dritte erst dann, wenn der Erblasser gestorben sei. Der Tod des Erblassers sei aber nicht etwa nur eine besondere gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung des Rechts, die unter § 328 Abs. 2 BGB. fallen könnte. Der Unter-

1) Kluckhohn S. 74, Strohal S. 87, Rosenberg S. 541.
2) Kluckhohn S. 82.
3) Klukhohn S. 88.
4) S. 83.

schied zu diesem Falle liege darin, daß bei § 328 BGB. der Vertrag die einzige Grundlage für den Erwerb der Forderung bilde, daß nur der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung hinausgeschoben werde, während beim Erbvertrag das Recht des Dritten auf Vertrag und Erbfall beruhe. — In letzterem Falle ist also für den Erwerb der Forderung durch den Dritten außer dem Vertrage zum Beispiel noch erforderlich, daß der Dritte den Erblasser überlebt und, wenn er Vermächtnisnehmer ist, daß der Belastete die belastete Zuwendung annimmt. Oder anders gesagt, im Falle des § 331 BGB. ist der Tod des Versprechensempfängers die Voraussetzung für den Erwerb des Forderungsrechtes; deshalb handelt es sich hier zwar um einen unmittelbaren Erwerb anläßlich des Todes eines anderen, aber nicht aus dessen Nachlaß. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß es sich beim Erbvertrag zugunsten Dritter um eine Leistung des Erblassers an den Dritten handelt, nicht wie im Falle des § 328 BGB. um eine solche des Vertragsgegners an den Dritten; die praktische Folge davon ist, daß beim Erbvertrag der Vertragsgegner nicht voll geschäftsfähig zu sein braucht.[5])

Diese Sonderheiten genügen schon, um die Selbständigkeit der erbrechtlichen gegenüber den schuldrechtlichen Verträgen zugunsten Dritter zu beweisen. Festgestellt ist dadurch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Rechtsgedanken, daß man durch Vertrag einem unbeteiligten Dritten eine Zuwendung machen kann, über das Schuldrecht hinaus anerkennt.

Um nun darüber hinaus die Verallgemeinerung des Rechtsgedankens der Verträge zugunsten Dritter darzulegen, hat man weiter versucht, auch im Familienrecht[6]) und sogar im Sachenrecht[7]) einen Vertrag zugunsten Dritter festzustellen. Beide Versuche schlagen jedoch fehl.

Beim Ehevertrag, auf den in diesem Zusammenhang stets verwiesen wird, ist ein Vertrag zugunsten Dritter unseres Erachtens überhaupt nicht möglich. Ein Ehevertrag ist, wie sich aus § 1432 BGB. ergibt, ein Vertrag, in dem

5) Kluckhohn S. 83.
6) Nord S. 64, Oertmann (1910) 2, 210.
7) Strohal S. 87.

die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse regeln. Und ein solcher Vertrag, das wird man wohl ohne besonderen Nachweis behaupten können, ist als Vertrag zugunsten Dritter gar nicht denkbar.[8]) Daß der Ehevertrag auch Wirkung gegenüber Dritten haben kann (§ 1435 BGB.), ist eine andere Sache und ist erklärt durch die absolute Kraft des Ehevertrages.[8])

Ebenso abzulehnen ist die von Strohal[9]) vertretene Ansicht, daß sich aus § 952 BGB. ergebe, daß auch das Sachenrecht einen Vertrag zugunsten Dritter anerkenne. Richtig ist, daß durch die Bestimmung des § 952 BGB. durch einen Vertrag zugunsten Dritter auch ein unbeteiligter Dritter Eigentum erwerben kann. So wenn zum Beispiel A. mit B. vereinbart, daß B. das von A. empfangene Darlehn an C. zurückzahlen soll; dann erwirbt C. mit der Forderung aus dem Darlehnsvertrage auch das Eigentum an dem Darlehnschuldschein. Diese Feststellung ist jedoch für unsere Arbeit unbrauchbar, wo es sich darum handelt, ob ein Dritter durch dingliche Einigung das dingliche Recht erwerben kann. Bei § 952 BGB. schließen die Parteien nie einen solchen dinglichen Vertrag, im Gegenteil dieser bleibt ihnen gerade erspart. Das ist ja der Zweck dieses Paragraphen. Es genügt, wenn die Parteien die schuldrechtlichen Beziehungen regeln, die sachenrechtliche Wirkung tritt ohne Einigung kraft Gesetzes ein.[10])

Welches ist nun das Ergebnis dieser Untersuchungen? Wir hatten prüfen wollen, ob unser Recht den Rechtsgedanken allgemein anerkennt, daß auch ein unbeteiligter Dritter ein Recht durch Vertrag unmittelbar erwerben kann. Tatsächlich haben wir nun außer im Schuldrecht nur im Erbrecht einen Vertrag zugunsten Dritter festgestellt. Daraus läßt sich aber noch nicht entnehmen, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch den Rechtsgedanken der Verträge zugunsten Dritter allgemein anerkennt. Im Gegenteil könnte man daraus, daß auch der erbrechtliche Vertrag zugunsten Dritter im § 1941 BGB. ausdrücklich gesetzlich festgelegt ist, im Sachenrecht dagegen eine solche Festlegung nicht

8) Kluckhohn S. 90 ff.
9) S. 86 ff.
10) Kluckhohn S. 92.

erfolgt ist, gerade zu dem entgegengesetzten Schluß kommen, nämlich daß ein dinglicher Vertrag zugunsten Dritter unzulässig sein soll; aber auch das geht nicht an; denn wir führen die Nichtregelung im Sachenrecht darauf zurück, daß, wie wir bereits erwähnt haben, die Gesetzgeber ein praktisches Bedürfnis nicht gesehen haben.

Ganz belanglos für unsere Arbeit ist jedoch die Existenz des erbrechtlichen Vertrages zugunsten Dritter nicht. Die Gegner der herrschenden Lehre können darauf ihre Behauptung stützen, daß die Tatsache allein, daß bezüglich Konstruktion und Wirkung Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht anders geartet sind als im Schuldrecht, nicht gegen die analoge Anwendung spricht. Diese Ansicht bestätigen auch die Motive, wo ausdrücklich gesagt ist, daß die Erwägungen, die zur Anerkennung der Verpflichtungsverträge zugunsten Dritter geführt haben, nicht auf der besonderen Natur des Rechts der Schuldverhältnisse beruht haben.[11]) Diese Feststellung ist jedoch wieder nur geeignet, Beweis dafür zu sein, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch den dinglichen Verträgen zugunsten Dritter nicht ablehnend gegenübersteht. Wir hatten jedoch einen Punkt finden wollen, der positiv für ihre Zulässigkeit spricht. Das ist uns jedoch nicht gelungen.

Als weiteres Argument für die zustimmende Haltung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber den dinglichen Verträgen zugunsten Dritter wird geltend gemacht, daß unser Recht in einigen Fällen den dinglichen Vertrag zugunsten Dritter stillschweigend zulasse.

Als Beispiel hierfür wird bisweilen die Hinterlegung angeführt.[12]) Nach herrschender Meinung[13]) liegt in der Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle, soweit die hinterlegte Sache nicht in deren Eigentum übergeht, ein Verwahrungsvertrag zwischen dieser und dem Schuldner zugunsten eines Dritten, des Gläubigers. Der Gläubiger erlangt durch die Hinterlegung einen selbständigen Anspruch auf Herausgabe. Dieser zunächst rein obligatorischen Ver-

11) Motive 5, 348.

12) Bruns S. 133 ff.

13) Planck Vorbem. 5b vor 372, (3. Aufl.) Oertmann Vorbem. 6a vor 372 (1910), Enneccerus I 2 § 290 I S. 202, Hellwig S. 445.

einbarung will man jedoch noch dingliche Wirkungen beilegen. Solange der Schuldner das Rücknahmerecht besitze, habe dieser nach § 868 BGB. mittelbaren Besitz.[14]) Erlösche nun sein Rücknahmerecht, dann auch sein mittelbarer Besitz; diesen habe jetzt der Gläubiger. — Insoweit ist an dieser Ansicht nichts absonderliches; denn unserer Meinung nach ist der Erwerb mittelbaren Besitzes durch Dritte auch ohne dinglichen Vertrag zugunsten Dritter möglich, da wir den obligatorischen Herausgabeanspruch als den Kern des mittelbaren Besitzes betrachten; darauf werden wir noch später zurückkommen.

Was den Eigentumsübergang anbelangt, so will Hellwig,[15]) der grundsätzlich die Mitwirkung des Dritten bei einer Einigung verlangt, hier die Einigung zum Erwerb des Eigentums als überflüssig und durch Gesetzesvorschrift ersetzt betrachten. Diese Ansicht, die den im Gesetz aufgestellten Erfordernissen für den Eigentumsübergang direkt widerspricht, können wir nicht billigen.

Bruns,[16]) der auch beim Besitzerwerb stets eine Einigung für erforderlich hält, will diese Einigung, ebenso wie die zum Eigentumsübergang, in der Hinterlegung sehen; es ist seiner Meinung nach „eine Einigung des Schuldners und der Hinterlegungsstelle zugunsten eines Dritten, in ihrer Wirksamkeit bedingt durch den Ausschluß des schuldnerischen Rücknahmerechts". Kluckhohn[17]) weist demgegenüber darauf hin, daß ein solcher Eigentumsübergang — nur bei diesem könnte im Falle der Hinterlegung unserer Meinung nach ein dinglicher Vertrag zugunsten Dritter eine Rolle spielen — nicht mit § 382 BGB. im Einklang stehe; denn wenn der Gläubiger die Annahme innerhalb 30 Jahren nicht erkläre, erlösche sein Anspruch auf die hinterlegte Sache, das Rücknahmerecht des Schuldners lebe wieder auf. Das Eigentum aber würde dann beim Gläubiger bleiben, der vielfach unbekannt und unauffindbar sei. Was nütze nun dem Schuldner sein Rücknahmerecht, wenn

14) S. 133, Bruns.
15) S. 456.
16) S. 135.
17) S. 62.

er kein Eigentum habe? Diese Schwierigkeit ergebe sich nicht, wenn man mit der herrschenden Lehre in der Hinterlegung bezüglich des Eigentumüberganges nur eine dem Gläubiger gemachte Offerte sehe, die dieser erst nach Zugehen annehmen könne.[18])

Wir brauchen nun im Rahmen unserer Arbeit nicht so großen Wert darauf zu legen, die Ansichten, die in der Hinterlegung einen dinglichen Vertrag zugunsten Dritter anerkannt sehen, zu widerlegen. Die oben aufgezählten Gegenmeinungen könnten selbst dann, wenn sich gegen sie sonst kein Einwand vorbringen ließe, nicht als Beweis dafür dienen, daß im Gesetz die Möglichkeit, zugunsten Dritter dingliche Geschäfte vorzunehmen, anerkannt ist, solange noch eine unwiderlegte Möglichkeit besteht, die dinglichen Wirkungen zwanglos auch ohne Vertrag zugunsten Dritter zu erklären.

Noch weniger brauchbar ist in diesem Zusammenhange der Frachtvertrag. Bruns[19]) will bei diesem dem Empfänger Eigentum an dem Gut nicht erst mit der Übergabe der Ware, sondern schon in dem Augenblick zukommen lassen, in dem er über das Frachtgut gemäß § 433 HGB. frei verfügen kann. Eigentum und Besitz des Empfängers sollen aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Frachtvertrage, „einer Unterart der Verträge zugunsten Dritter", entspringen. Für eine derartige Auslegung bietet jedoch der § 433 HGB. keine Veranlassung; vielmehr sieht die herrschende Lehre, der wir beitreten, in dieser Bestimmung nur die Regelung der obligatorischen Beziehungen, in denen der Frachtführer zum Absender und Empfänger steht.[20]) Aber auch Bruns will diese dinglichen Wirkungen nicht jedem Frachtvertrage zukommen lassen; die dingliche Wirkung ist anscheinend auch seiner Meinung nach keine Folge der gesetzlichen Bestimmung; vielmehr soll seine Auffassung nur für den Fall gelten, daß sich aus den Vereinbarungen der Parteien Anhaltspunkte für eine dingliche Einigung zugunsten des Empfängers ergeben. Die Meinung von Bruns

18) Staudinger Vorbem. § 372 II 2b, Kohler S. 219 ff, Oertmann § 372 Vorbem. 6b, Crome 2. Band § 190 S. 282.

19) S. 136.

20) RG. 27/84 ff, Staub § 433 Anm. 6.

würde demnach unseres Erachtens die Möglichkeit eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter nicht beweisen, sondern sie voraussetzen.

Ein weiteres Beispiel in diesem Zusammenhang bringt Rosenberg;[21]) auch er versucht, den Beweis für die Existenz dinglicher Verträge zugunsten Dritter im Bürgerlichen Gesetzbuch zu erbringen: „Zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehört aus einem Kaufvertrage der Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks. Weil die Frau durch Krankheit oder Abwesenheit an der Entgegennahme der Auflassung verhindert ist, läßt sich der Mann die zur Verfügung über die Forderung aus dem Kaufvertrage erforderliche Zustimmung der Frau (§ 1375 BGB.) durch das Vormundschaftsgericht ersetzen (§ 1379 BGB.). Der Mann und der Veräußerer erklären vor dem Grundbuchamt ihr Einverständnis über den Übergang des Eigentums auf die Frau, die nunmehr im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen wird." Dieser Erfolg kann nach Ansicht Rosenbergs nur durch einen Vertrag zugunsten Dritter im Gebiet des § 925 BGB. eingetreten sein. Seine Beweisführung kann uns jedoch in keiner Weise überzeugen. Denn diese geht von der falschen Voraussetzung aus, daß der Mann bei der Verwaltung des Frauengutes und bei Verfügungen darüber stets in eigenem Namen handele. Es ist uns unklar, daß sich dies aus § 1375 BGB. ergeben soll. Richtiger erscheint uns vielmehr die Ansicht der herrschenden Lehre,[22]) die ausdrücklich auch die Möglichkeit des Mannes, im Namen der Frau als deren Vertreter handeln zu können, anerkennt. Und gerade diese Möglichkeit liegt doch in unserem Fall näher; denn der Mann tritt erkennbar als Verwalter des Vermögens seiner Frau, also fremden Vermögens, auf und verfügt ebenso erkennbar über einen Gegenstand dieses Vermögens, den Anspruch auf Übereignung. Selbst wenn jedoch der Mann in eigenem Namen gehandelt hätte, dann wäre es nicht richtig, hier von einem Vertrage zugunsten Dritter zu sprechen. Das wird uns klar, wenn wir an das denken, was wir oben über die Abgrenzung der Verträge zugunsten Dritter zu der Stellvertre-

21) S. 541.

22) Staudinger § 1374 Anm. 3, Planck Vorbem. vor 1373 u. RGR-Kom. (1929) vor 1373.

tung gesagt haben. Das ganze Geschäft hat in keiner Weise irgendwelche unmittelbare Wirkungen für den Mann; weder kann von der erwähnten Doppelwirkung der Leistung noch, wenn wir Siber folgen, von einem Auseinanderfallen der Vertragswirkungen, wenn wir den Geschäftskomplex als ganzen betrachten, die Rede sein. Es liegt vielmehr gerade ein typischer Fall der Stellvertretung vor.

Nachdem nun auch diese Ausführungen uns dem sachenrechtlichen Vertrage zugunsten Dritter keinen Schritt näher gebracht haben, sei hier noch einmal zusammenfassend in bezug auf die eingangs dieses Abschnittes vorgetragene Behauptung der Gegner der herrschenden Lehre, daß die Anerkennung eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter durchaus im Sinne unseres Rechts liege, festgestellt, daß die hierfür vorgebrachten Beweise in keiner Weise geeignet sind, überhaupt die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches zu dieser Frage klarzulegen. Wir brauchen aber auch keine direkte Unterstützung des Gesetzes. Uns genügt die Tatsache, daß unser Recht einer analogen Anwendung der §§ 328 ff. BGB. im Sachenrecht nicht feindlich gesinnt ist; denn dann bedarf es zur Anerkennung, wie wir wissen, nur noch des Nachweises eines praktischen Bedürfnisses.

§ 7.

Unsere Ausführungen sind jetzt in das entscheidende Stadium getreten. Die Frage, ob ein Vertrag zugunsten Dritter im Sachenrecht anzuerkennen ist, soll jetzt nur noch davon abhängen, ob es uns gelingt, an Hand von praktischen Fällen ein praktisches Bedürfnis für die Anerkennung nachzuweisen. Einen kurzen Augenblick wollen wir jedoch diese Entscheidung noch aufschieben. Denn es erscheint uns wichtig, bevor wir den Schlußstein setzen, zuvor das Betätigungsfeld der dinglichen Verträge zugunsten Dritter im einzelnen kennen zu lernen. Einmal kann man aus der Größe des Anwendungsgebietes auch auf die Bedeutung einer Rechtsfigur schließen; dann werden uns aber in diesen Ausführungen die Gebiete in engster Begrenzung gezeigt werden, aus denen im letzten Abschnitt dieser Abhandlung die praktischen Beispiele entnommen werden können. Auf kleine Hindernisse, die sich bei der Anwendung der Verträge zugunsten Dritter speziell bei den einzelnen dinglichen Rechten ergeben, ist dabei noch einzugehen.

Beginnen wir unsere Betrachtungen im Besitzrecht. Zum Erwerb des unmittelbaren Besitzes verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Daraus erhellt, daß wir auf die Frage, ob auch beim Erwerb des unmittelbaren Besitzes nach § 854 Abs. 1 BGB. eine Einigung erforderlich ist, wie dies zum Beispiel Bruns[1]) verlangt, nicht näher einzugehen brauchen. Denn wer nach § 854 Abs. 1 BGB. unmittelbarer Besitzer werden will, muß die tatsächliche Gewalt selbst erlangen. Das muß auch für den Dritten gelten. Solange deshalb dieser nicht selbst die unmittelbare Gewalt hat, kann von einem Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1 BGB. nie die Rede sein. Damit zeigt sich dieser Fall von vornherein für einen Erwerb ohne Wissen und Wollen unbrauchbar.

Ganz anders ist die Lage bei der vom Gesetz anerkannten zweiten Möglichkeit, unmittelbaren Besitz zu erwerben, der gemäß § 854 Abs. 2 BGB. Hier tritt das körperliche Element in den Hintergrund. An die Stelle der Erlangung der tatsächlichen Gewalt tritt die Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber als das hauptsächlichste Moment; allerdings soll diese Einigung nur genügen, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Hier erscheint ein Vertrag zugunsten Dritter eher möglich; denn die dingliche Rechtsänderung tritt kraft einer Einigung ein, von der wir bereits oben festgestellt haben, daß sie ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag ist. Es fragt sich aber weiter, ob dieser Vertrag, zugunsten Dritter abgeschlossen, dem Dritten den unmittelbaren Besitz verschaffen kann. Zuerst ist zu erwähnen, daß der Wortlaut des § 854 Abs. 2 BGB., der eine Einigung gerade zwischen Veräußerer und Erwerber verlangt, nicht hinderlich ist. Wir hatten oben bereits festgestellt, daß die Gesetzgeber mit diesem Wortlaut nur den Regelfall berücksichtigt haben. Ebenso hatten wir einen Besitzwillen nach heutigem Recht für nicht erforderlich erachtet. Wirksamkeitsvoraussetzung für eine solche Einigung zugunsten Dritter ist aber, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Dazu müßte der Dritte selbst imstande sein, um dem im Sachenrecht herrschenden Publizitätsgedanken zu genügen. Ist das der Fall, dann kann beim Erwerb des

1) S. 73.

unmittelbaren Besitzes ein Vertrag zugunsten Dritter eine Rolle spielen.

Beim Erwerb des mittelbaren Besitzes haben wir zwei Fälle zu unterscheiden, die Begründung und die Übertragung des mittelbaren Besitzes. Für die Begründung gemäß § 868 BGB. ergeben sich zunächst aus dem Wortlaut des Gesetzes drei Voraussetzungen.

Erstens das Vorhandensein eines unmittelbaren Besitzers,

zweitens die Begründung eines Verhältnisses zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer, auf Grund dessen,

drittens, der Erstere dem Letzteren gegenüber zum Besitz auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist.

Unter diesen Voraussetzungen, das bedarf keines besonderen Beweises, ließe sich ein Vertrag zugunsten Dritter schon mit einer direkten Anwendung der §§ 328 ff. BGB. konstruieren, ohne daß es des Nachweises der Möglichkeit eines sachenrechtlichen Vertrages zugunsten Dritter bedürfte. Man ist sich jedoch stets darüber klar gewesen, daß diese drei Voraussetzungen nicht genügen. Man kam auf diesen Gedanken dadurch, daß man sich klar zu machen versuchte, was im § 868 BGB. unter einem „ähnlichen" Verhältnis zu verstehen sei. Aus dem Wort „ähnlich" geht nämlich hervor, daß allen Besitzmittlungsverhältnissen irgend etwas gemeinsam sein muß. Dieses gemeinsame Moment suchte man nun richtigerweise nicht nur in dem Relativsatz des § 868 BGB., sondern man zog auch die einzelnen aufgezählten Fälle in Betracht. So kam man dann darauf, daß noch ein viertes Moment bei der Begründung des mittelbaren Besitzes vorhanden sein müsse. Es braucht eigentlich nicht noch erwähnt zu werden, daß bei der Erforschung dieses vierten Erfordernisses die verschiedensten Ergebnisse erzielt wurden. Einige der bekanntesten Ansichten wollen wir im folgenden kurz wiedergeben. Die Feststellung nämlich, welches dieses vierte Erfordernis ist, ist im Rahmen dieser Arbeit schon aus dem Grunde interessant, weil wir auch prüfen müssen, ob dieses Erfordernis des mittelbaren Besitzes uns bei der Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter irgendwie hinderlich sein kann.

Strohal[2]) glaubte aus § 868 BGB. herauslesen zu können, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz stets als einen ihm vom mittelbaren Besitzer „anvertrauten" zu behandeln habe; er sah deshalb in dem „Anvertrauen" das Moment, das neben den Herausgabeanspruch treten müsse, damit mittelbarer Besitz entstehen könne. Daß Strohal nicht recht haben kann, ersehen wir am besten daraus, daß es auch Fälle gibt, wo anerkanntermaßen mittelbarer Besitz vorliegt, wo aber von einem Anvertrauen vom mittelbaren Besitzer keine Rede sein kann. Das ist nämlich stets dann der Fall, wenn, wie beim Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter, Vormund usw., der Besitzmittler den Besitz kraft richterlicher Einweisung oder aus einer aus dem Gesetz entspringenden Befugnis heraus erworben hat.[3]) Das Moment des Anvertrauens kann deshalb nicht das von uns gesuchte vierte Erfordernis des mittelbaren Besitzes darstellen.

Abgelehnt muß weiterhin auch die Meinung Fr. Leonhards[4]) werden, daß der unmittelbare Besitzer stets auf Kosten fremden Vermögens erwerbe, und der mittelbare Besitzer stets ein Vermögensopfer bringe. Auch hier wieder zeigt sich, daß dieses Merkmal nicht alle Fälle deckt, wo mittelbarer Besitz vorliegt. Przibilla[5]) bildet die Beispiele, daß der Geschäftsführer ein indebitum einkassiert, oder der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger pfändet. In beiden Fällen habe hier Geschäftsherr und Gläubiger kein Vermögensopfer gebracht, und doch seien sie mittelbare Besitzer geworden.

Przibilla[6]) hält das Moment der Anerkennung des zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses durch ersteren für die Entstehung mittelbaren Besitzes für erforderlich. Dieses Kriterium wäre zwar im Gegensatz zu den beiden zuerst erwähnten imstande, alle Fälle mittelbaren Besitzes zu decken; es ist jedoch trotzdem zu verwerfen. Ein subjektives Moment in der Person des unmittelbaren Besitzers, ein Moment, dessen

2) S. 20.
3) Przibilla Diss. Seite 18.
4) S. 61.
5) Siehe Anm. 3.
6) Diss. Seite 24, Jur. W. 1908 S. 397, Crome § 345 S. 33.

Vorhandensein nur vom guten Willen dieses abhängt, kann bei der Frage, ob ein dingliches Recht entstanden ist, unmöglich entscheidend sein. Dazu ist es viel zu unsicher. Unser Bürgerliches Gesetzbuch ist im Sachenrecht gerade bestrebt, möglichst klare, sichere Verhältnisse zu schaffen; damit wäre aber der Willkür freie Bahn gelassen. Die Frage, ob der mittelbare Besitzer die ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechte als Besitzer ausüben kann, würde stets davon abhängig sein, ob der unmittelbare Besitzer anerkennt, ein unseres Erachtens unhaltbares Ergebnis.

Mit der herrschenden Lehre[7]) möchten wir deshalb mittelbaren Besitz stets dann annehmen, wenn der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitz von einem anderen, dem mittelbaren Besitzer, ableitet. Zu eng ist die Auffassung, daß die Ableitung des Besitzes, nicht des Rechtes zum Besitz, erforderlich ist;[8]) denn dann könnte zum Beispiel der Verpächter an dem gemäß § 588 BGB. vom Pächter nachträglich angeschafften Inventar keinen mittelbaren Besitz erwerben. Eine Trennung des neu angeschafften und des bereits vorhandenen Inventars, das insgesamt im Eigentum des Verpächters steht, widerspricht aber offenbar dem Willen des Gesetzes.[9]) Wenn nun Przibilla[10]) gegen das von uns hier richtig befundene Moment der Ableitung des Rechtes zum Besitz geltend macht, daß Vormund, Ehemann, Konkursverwalter usw. nicht ihr Recht zum Besitz vom mittelbaren Besitzer ableiteten und doch nach herrschender Meinung Besitzmittler seien, so ist dem entgegenzuhalten, daß unserem Ableitungsbegriff das zeitliche Moment fernliegt, daß das Besitzrecht des Oberbesitzers nicht eher entstanden zu sein braucht, als das des Unterbesitzers, und daß es sogar möglich ist, daß der Besitz des Unterbesitzers zeitlich vor dem des mittelbaren Besitzers entstanden ist. — Mit dieser unserer Auffassung, daß zur Begründung des mittelbaren Besitzes gehört, daß der Besitzmittler sein Recht zum Besitz vom mittelbaren Besitzer ableitet, haben wir die bei den anderen Theorien nachgewiesenen Fehler vermieden; zugleich haben wir eine Stütze für unsere Ansicht im

7) Wolff § 8 I 1 S. 23, Biermann § 868 S. 46 ff, RG 49/170, 54/396
8) Staudinger § 868 I 2b S. 67.
9) Siehe bei Kluckhohn S. 181 Anm. 23.
10) Diss. S. 23.

Gesetz selbst, und zwar in dem Wortlaut der §§ 941, 986, 991 BGB., die sämtlich von Ableitung des Besitzes sprechen.

Nach der Feststellung dieses neuen Erfordernisses des mittelbaren Besitzes ist es für uns von Wichtigkeit nachzuweisen, daß dieses Erfordernis einem Vertrage zugunsten Dritter nicht hinderlich ist. Dieser Nachweis ist nicht schwierig; denn wir haben bereits oben erwähnt, daß das Ableitungsmoment nicht zeitlich aufzufassen ist; es ist nicht nötig, daß das Besitzrecht des Dritten eher entstanden ist, als das des Besitzmittlers. Es genügt, wenn dieser sein Recht zum Besitz von dem Augenblick an, von dem der Dritte Gläubiger des Besitzmittlungsverhältnisses geworden ist, von diesem Dritten ableitet.

Kluckhohn[11]) und Bruns[12]) glauben nun, daß auch dieses hier gefundene vierte Erfordernis noch nicht genügen könne, um dem mittelbaren Besitz gerecht zu werden. Sie nehmen an, daß auch der Besitz, wie jedes andere dingliche Recht, nur auf Grund einer Einigung erworben werden könne. Sie geben zwar zu, daß diese Einigung tatsächlich stets mit dem obligatorischen Vertrage zusammenfalle; rechtlich sei sie jedoch zu scheiden. Die Einigung habe also keine selbständige Bedeutung; ihr Bestehen werde, wie Bruns sagt, nur vermutet, nach Kluckhohn nur fingiert.

Diese Auslegung setzt sich jedoch mit dem Gesetz in direkten Widerspruch. Gehörte nämlich, wie sonst im Sachenrecht, zum Erwerb eines dinglichen Rechtes auch beim Erwerb des Besitzes eine Einigung, hätte man sie, wie auch sonst, auch hier erwähnt. Gerade der Umstand, daß sie hier nicht erwähnt ist, findet eine viel natürlichere Erklärung darin, daß man eben den obligatorischen Anspruch als den Kern des mittelbaren Besitzes angesehen hat, an dessen Begründung sich die dingliche Wirkung, die Entstehung mittelbaren Besitzes, kraft gesetzlicher Vorschrift anschließen soll.[13]) Diese Erklärung verdient schon deshalb mehr Beachtung, weil sie dem Wortlaut des Gesetzes genau

11) S. 178.
12) S. 164, 73.
13) Siber S. 23.

entspricht. — Die herrschende Lehre hat auch das Erfordernis einer besitzrechtlichen Einigung bei der Begründung mittelbaren Besitzes abgelehnt.

Die Möglichkeit der Besitzbegründung nach § 868 BGB. durch Vertrag zugunsten Dritter ist damit nachgewiesen. Die Folgerung jedoch, die sich aus diesen Ausführungen ergibt, ist die, daß die Schwierigkeiten, die sonst bei der Frage der Anwendung der §§ 328 ff. BGB. im Sachenrecht zu überwinden sind, keine Rolle spielen, daß hier schon eine unmittelbare Anwendung der §§ 328 ff. BGB. den verfolgten Zweck erreicht. Der Grund hierfür liegt darin, daß im Falle des § 868 BGB. eine dingliche Einigung nicht erforderlich ist.

Wir hatten uns bisher nur mit der Begründung mittelbaren Besitzes befaßt; unser nächstes Ziel ist: die Übertragung des mittelbaren Besitzes zugunsten Dritter. § 870 BGB. behandelt die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruches. Kluckhohn[14]) macht nun darauf aufmerksam, daß das Wörtchen „kann" im § 870 BGB. erkennen lasse, daß hier nur eine Übertragungsmöglichkeit angedeutet sei, da es sonst „wird" heißen müßte. Der Normalfall der Übertragung des mittelbaren Besitzes sei der durch Übertragung des ganzen Besitzmittlungsverhältnisses (A. verkauft sein an B. vermietetes Haus an C.),[15]) der sich unmittelbar aus § 868 BGB. ergebe. § 870 BGB. bringe nur insofern eine Erweiterung, als hier die Abtretung des Herausgabeanspruches genügen solle. Auch hier möchten wir, wie im Falle der Begründung des mittelbaren Besitzes, die Notwendigkeit einer dinglichen Einigung ablehnen. Das Gesetz legt der Abtretung des Herausgabeanspruches ausdrücklich die dingliche Wirkung bei.[16]) Danach würde ein Vertrag zugunsten Dritter zwar auf keine Schwierigkeiten stoßen, die sich aus dem Sachenrecht für diese Rechtsfigur ergeben, eine Anwendung der §§ 328 ff. BGB. wäre nur davon abhängig, ob eine Abtretung zugunsten Dritter möglich ist. Da hier die Gründe, die nach herrschender Lehre gegen den sachen-

14) S. 184.

15) Staudinger § 868 II 1c S. 69.

16) Wolff § 14 II S. 36, Planck § 870 1, Staudinger § 868 II 1c S. 69.

rechtlichen Vertrag zugunsten Dritter sprechen, keine Rolle spielen, ist man auch in der Wissenschaft geneigter, bei der Abtretung eine analoge Anwendung zuzulassen.[17]) Ein ausführlicheres Eingehen auf diese Frage, die darauf hinausläuft, ob Verfügungen zugunsten Dritter allgemein zulässig sind, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Auch hier müßte die Entscheidung letzten Endes vom Verkehrsbedürfnis abhängig sein. Kluckhohn bejaht diese Frage ganz allgemein, Bruns im Rahmen seiner Arbeit für den Fall der Abtretung.

Die hier gefundenen Ergebnisse über den Vertrag zugunsten Dritter im Besitzrecht spielen auch bei der analogen Anwendung der §§ 328 ff. BGB. beim Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen (§ 929 ff. BGB.) die größte Rolle. Nachdem wir nachgewiesen haben, daß einer zugunsten eines Dritten abgeschlossenen Einigung keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen, erhebt sich nur noch die Frage, ob das zum Eigentumserwerb notwendige Moment der Übergabe irgendwelche Schwierigkeiten für den Erwerb des Dritten bietet. Unter der Übergabe im § 929 BGB. haben wir nach herrschender Meinung[18]) nicht nur die körperliche Übergabe, sondern Besitzverschaffung allgemein, also auch Verschaffung des mittelbaren Besitzes, zu verstehen. Daraus folgt, daß auch nach § 929 Satz 1 BGB. ein Dritter Eigentum erwerben kann, soweit nach den bisherigen Ausführungen ihm unmittelbarer und mittelbarer Besitz verschafft werden kann. Im Falle des § 929 Satz 2 BGB. genügt zum Erwerb des Eigentums eine Einigung. Eine solche kann, worauf wir wiederholt hingewiesen haben, auch zugunsten Dritter abgeschlossen werden. Die Übergabe wird ersetzt im § 930 BGB. durch Abschluß eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Auch hier bietet sich für den Vertrag zugunsten Dritter keine Schwierigkeit. Was wir oben über den Fall des § 868 BGB. gesagt haben, läßt sich auch hier verwenden. Während die Feststellungen im Zusammenhang mit § 870 BGB. in dem Fall des § 931 BGB. Verwendung finden können, nur daß er sich hier nicht um den

17) Enneccerus I 2 § 258 VI, § 302 Anm. 11.

18) Staudinger § 929 Anm. III 1b, Planck § 929 Anm. 5, Dernburg § 99 II 1.

obligatorischen, sondern um den dinglichen Herausgabeanspruch handelt.

Von dinglichen Rechten an beweglichen Sachen läßt das Bürgerliche Gesetzbuch noch den Erwerb des Nießbrauchs und des Pfandrechts zu. § 1032 BGB. verweist für den Erwerb des Nießbrauchs auf die entsprechenden Vorschriften beim Eigentumserwerb. Was wir oben über den Vertrag zugunsten Dritter im Bereich der §§ 929 ff. BGB. gesagt haben, gilt entsprechend auch für den Nießbrauch. — Nicht viel anderes gilt für den Pfandrechtserwerb, nur daß eben hier die Einigung auf die Verschaffung des Pfandrechts gerichtet ist. § 1205 Abs. 1 BGB. entspricht dem § 929 BGB. § 1205 Abs. 2 BGB. erfordert nur noch eine Anzeige für den Fall, daß der Eigentümer selbst nur mittelbarer Besitzer ist. Bei § 1206 Satz 1 BGB. müßte der Dritte Mitbesitz an der Pfandsache durch Mitverschluß haben. Dieser Fall eignet sich nicht für den Erwerb des Dritten ohne dessen Wissen. Dagegen wäre die Einräumung des Mitbesitzes unter der Voraussetzung, daß die Pfandsache sich im Besitz eines anderen Dritten befindet, und die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen darf, zugunsten eines Dritten eher denkbar.

Sehr groß wäre das Anwendungsgebiet der Verträge zugunsten Dritter im Liegenschaftsrecht. § 873 BGB. findet gleichmäßig Anwendung auf den Erwerb aller dinglichen Rechte an Grundstücken. Erforderlich ist stets Einigung und Eintragung im Grundbuch. Die Möglichkeit einer Einigung zugunsten Dritter ist nachgewiesen, so daß auf diesem Wege auch die Verschaffung des dinglichen Rechts, sofern die Eintragung auf den Namen des Dritten erfolgt, möglich ist. Für den Erwerb des Eigentums besteht zwar die Sondervorschrift des § 925 BGB. Aber auch sie bietet uns keine Schwierigkeit, da anerkannt ist, daß unter der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt nicht persönliche Anwesenheit zu verstehen ist. Daß der Wortlaut des § 925 Abs. 1 BGB., der von einer Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber spricht, den Verträgen zugunsten Dritter nicht im Wege steht, war be-

19) S. 5.

reits erwähnt. Unverständlich ist es, warum Biermann,[19]) der an dem Wortlaut der §§ 854 Abs. 2, 873 BGB. keinen Anstoß nimmt, gerade hier dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen will, daß der Erwerber an der Auflassung teilnehmen müsse, und daß deshalb kein Vertrag zugunsten Dritter möglich sei. — Es erscheint jedoch fraglich, und darauf weist besonders Siber[20]) hin, ob nicht beim Erwerb eines Grundstücks — dasselbe würde für den Erwerb des Erbbaurechts (§ 1017 Abs. 2 BGB.) gelten — das Zurückweisungsrecht des Dritten die Auflassung unwirksam machen würde. Nun wissen wir, daß ohne das Zurückweisungsrecht auch ein dinglicher Vertrag zugunsten Dritter unmöglich wäre; denn ohne dieses Recht würde der Vertrag zugunsten Dritter gegen den Grundsatz verstoßen, daß niemand ohne seinen Willen beschwert werden dürfe. Würde also wirklich das Zurückweisungsrecht die Auflassung unwirksam machen, dann wäre eine Auflassung zugunsten Dritter unmöglich. — Ob dies nun wirklich zutrifft, hängt davon ab, ob das Zurückweisungsrecht eine auflösende Bedingung im Sinne des § 925 Abs. 2 BGB. darstellt. Wir wissen, daß ein Geschäft auflösend bedingt ist, wenn die Wiederaufhebung der Rechtswirkung von einem ungewissen Ereignis abhängig gemacht ist. Betrachten wir daraufhin das Zurückweisungsrecht des Dritten, so müssen wir zugeben, daß dieses Recht eine auflösende Bedingung darstellt. Trotzdem kann die Wirksamkeit der Auflassung durch dieses Recht nicht gefährdet werden; denn wir haben es, wie wir gleich sehen werden, in § 333 BGB. mit einer Rechtsbedingung zu tun,[21]) die auf die Wirksamkeit der Auflassung nach herrschender Lehre keinen Einfluß[22]) hat. Zum Beweise dafür, daß § 333 BGB. eine Rechtsbedingung enthält, verweisen wir auf die allgemein herrschende Ansicht darüber, wann eine Rechtsbedingung vorliegt. Diese Ansicht ist im folgenden Satz enthalten: Während bei der echten Bedingung die Abhängigkeit der Fortdauer der Rechtswirkung von irgend einem Umstand auf rechtsgeschäftlichem Willen beruht, beruht sie bei der Rechts-

---

20) S. 31.

21) Kluckhohn S. 189.

22) Staudinger § 925 B II 5, RGR.-Kom. § 925 Anm. 14.

bedingung auf einer Vorschrift des Gesetzes.[23]) Gemäß dieser Definition ist das Zurückweisungsrecht eine Rechtsbedingung; denn es beruht auf der gesetzlichen Vorschrift des § 333 BGB. Die Auflassung müßte deshalb auch nach herrschender Meinung wirksam bleiben. Kluckhohn[24]) macht noch darauf aufmerksam, daß die Lage hier vielleicht die gleiche sei, wie wenn die Auflassung durch einen vollmachtlosen Stellvertreter vorgenommen werde. In diesem Falle aber erkenne die herrschende Lehre an, daß es sich bei der Genehmigung um eine Rechtsbedingung handele, und daß deshalb von einer Verletzung des § 925 Abs. 2 BGB. keine Rede sein könne. — Es ist deshalb als sicher anzunehmen, daß sich auch bei einer Auflassung zugunsten Dritter der Grundsatz des Rechts, daß niemand ohne seinen Willen beschwert werden dürfe, durch das Zurückweisungsrecht wahren ließe, ohne daß die Gefahr bestehen würde, daß dieses Recht die Auflassung unwirksam machen könnte.

Zum Schluß haben wir schließlich noch darauf einzugehen, ob sich vielleicht aus dem formellen Recht der Grundbuchordnung Schwierigkeiten für die Eintragung des Dritten ergeben.

Die Eintragung erfolgt nach § 19 GBO. auf Antrag entweder des Verfügenden oder desjenigen, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, also des Dritten. Den Antrag müßte also der Verfügende stellen. Außerdem ist nach § 19 GBO. die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten erforderlich; auch hier ist also eine Mitwirkung des Dritten nicht notwendig. Im Falle der Auflassung eines Grundstücks wird die Eintragung im Grundbuch nur vorgenommen, wenn nachgeprüft ist, ob die Einigung vorliegt. Auch hier spricht das Gesetz wieder von der Einigung „des Berechtigten und des anderen Teiles“ und will damit dem Wortlaut des § 873 BGB. folgen. Wir haben schon früher festgestellt, daß dieser andere Teil nicht der Erwerber zu sein braucht. Die Ausführungen über den Erwerb an Grundstücken gelten auch für den Erwerb des Erbbaurechts. § 29 GBO. bestimmt schließlich die Form, in der die zur

23) Staudinger § 158 Vorbem. 8.

24) Kluckhohn S. 189.

Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamt zu erfolgen haben.

Wenn diese hier aufgezählten Erfordernisse vorliegen, kann nach den Vorschriften der Grundbuchordnung die Eintragung erfolgen. Wir haben nun gesehen, daß an allen diesen Handlungen der Dritte nicht teilzunehmen braucht. Auch das formelle Recht bietet also für den Erwerb eines dinglichen Rechts durch einen Dritten ohne dessen Wissen keine Schwierigkeiten; die Eintragung im Grundbuch auf den Namen des Dritten kann vollzogen werden, ohne daß der Dritte davon etwas weiß.

§ 8.

Als Ergebnis unserer bisherigen Ausführungen ist festzustellen: Der dingliche Vertrag zugunsten Dritter würde sich in unser Recht einfügen, ohne auch nur den geringsten Widerstand zu finden. Diese Feststellung würde nun vielleicht dem Gesetzgeber genügen, wenn er jetzt vor der Frage der Anerkennung der sachenrechtlichen Verträge zugunsten Dritter stünde; sie kann aber nicht uns genügen, die wir nur mit der Analogie operieren müssen. Wir müssen unseren Schritt rechtfertigen, wir müssen nachweisen, daß eine Notwendigkeit für die analoge Anwendung besteht; denn es geht nicht an, ohne besonderen Grund das geltende Recht zu erweitern, sich ohne besonderen Grund in die eigentliche und alleinige Aufgabe des Gesetzgebers einzumischen. Nachdem sich die Gedanken, daß unser Recht die Verträge zugunsten Dritter als Rechtsgedanken allgemein anerkennt, und daß sich auch im geltenden Recht bereits Verträge mit sachenrechtlicher Wirkung für Dritte finden, in ihrer Verwertbarkeit als Gründe für die Zulässigkeit einer Analogie als Mißgriffe erwiesen haben, bleibt uns allein übrig, den Punkt in Erwägung zu ziehen, auf dem bei jeder Rechtfertigung einer analogen Anwendung das Schwergewicht liegt; es ist derselbe, der, wie wir uns erinnern, bei der Entwicklung der Verträge zugunsten Dritter stets die alleinige Rolle gespielt hat: Das Bedürfnis im praktischen Leben.[1]) Die Aufgabe eines Gesetzes ist es, nach Möglichkeit allen schutzwürdigen wirtschaftlichen Interessen den

1) Ebenso Rosenberg DJZ. 1912 S 541 ff, Biermann S. 5, Wolff § 38 II 3.

Rechtsschutz zu gewähren, sofern nicht sonstige schwerwiegende Interessen dagegen sprechen. Wenn das Gesetz dieser seiner Aufgabe nicht gerecht werden kann, weil, wie hier, der nur äußerliche Grund im Wege steht, daß keine positive Regelung vorhanden ist, ist die Analogie am Platze, wenn sich der herausgestellte Mißstand im Verkehr als bemerkenswert störend zeigt. Denn das Recht darf schutzwürdigen Interessen des täglichen Lebens ohne besonderen Grund kein Hemmnis, keine drückende Fessel sein; im Gegenteil es muß ihnen nach Möglichkeit gerecht werden, es muß sie schützen.

Für uns, die wir die Zulässigkeit einer analogen Anwendung der §§ 328ff. BGB. im Sachenrecht untersuchen, ergibt sich aus diesen Erörterungen unsere nächste und zugleich letzte Aufgabe, nämlich der Nachweis, ob es ein empfindlich störender Mangel im geltenden Recht ist, daß Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht keine positive Anerkennung gefunden haben. Das praktische Bedürfnis wird nun oft mit dem Hinweis darauf bestritten, daß das wirtschaftliche Interesse, einem am Vertragsschluß unbeteiligten Dritten eine Zuwendung zu machen, im Sachenrecht vollkommen durch die Möglichkeit der Verwendung der Vorschriften über vollmachtlose Stellvertretung befriedigt werde.[2]) Um über die Berechtigung dieses Einwandes Klarheit zu gewinnen, wollen wir zunächst untersuchen, ob sich aus dem, was wir eingangs der Arbeit über die Verträge zugunsten Dritter in ihrer Unterscheidung von der Stellvertretung gesagt haben, etwas wichtiges für die hier aufgeworfene Frage ergibt.

Was im Schuldrecht den Rechtsgedanken der §§ 328 ff. BGB. so überaus existenzberechtigt auch gegenüber der Stellvertretung macht, ist der Umstand, daß man die Wirkungen eines Vertrages zerreißen kann, daß man imstande ist, einem Dritten unmittelbar durch den Vertragsschluß eine Zuwendung zu machen, ohne daß er auch die Verpflichtungen aus dem Vertrage zu übernehmen braucht. Gerade diese Besonderheit kann sich bei einem dinglichen Vertrage nicht auswirken, wenn wir diesen isoliert betrachten. Der sachenrechtliche Vertrag kennt nur eine Wirkung, und

2) Oertmann § 328 Vorbem. 5c.

das ist die Verschaffung des dinglichen Rechts, das haben wir schon oben festgestellt. Dadurch verlieren aber, das ist richtig, gerade im Sachenrecht die Verträge zugunsten Dritter einen großen Teil ihrer Bedeutung. Wir wollen jedoch im folgenden nachweisen, daß die Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht trotz der Möglichkeit der Verwendung der vollmachtlosen Stellvertretung existenzberechtigt sind.

Wir hatten nun früher herausfinden können, daß ein anderer Unterschied zwischen Verträgen zugunsten Dritter und der Stellvertretung in der Wirkung der Leistung durch den Schuldner besteht; dieser Unterschied ist aber bedeutungsvoll nur dafür, daß beide Rechtsfiguren im Sachenrecht überhaupt nebeneinander denkbar sind, sich nicht völlig decken, er kann aber keine entscheidende Rolle dafür spielen, ob die Anerkennung eines Vertrages zugunsten Dritter im Sachenrecht neben der vollmachtlosen Stellvertretung von besonderer praktischer Bedeutung ist. Denn der Erfolg, daß die Leistung des Veräußerers an den Dritten zugleich eine Leistung an den Versprechensempfänger und eine solche des Versprechensempfänger an den Dritten bedeutet, läßt sich praktisch auch bei der vollmachtlosen Stellvertretung ohne besondere Schwierigkeit durch besondere Vereinbarungen erreichen. Mehr Beachtung verdienen jedoch einige Punkte, die wir der Literatur, die sich mit der hier behandelten Rechtsfigur beschäftigt, entnehmen; diese sollen beweisen, daß auch im Sachenrecht ein Vertrag zugunsten Dritter wesentliche Vorteile bietet.

Bruns[3]) hat darauf hingewiesen, daß die Eigentümlichkeit der Verträge zugunsten Dritter, den Erwerb des Dritten sofort herbeizuführen, während doch bei der Stellvertretung der Vertrag bis zur Genehmigung des Vertretenen schwebend unwirksam sei, von der größten Bedeutung dann sei, wenn über das Vermögen des Schuldners vor der Kenntnis des Dritten Konkurs eröffnet werde. Während bei Verwendung eines Vertrages zugunsten Dritter der Gegenstand auch ohne Wissen des Dritten in dessen Vermögen falle und damit aus dem des Schuldners ausscheide, gehöre bei der Verwendung der vollmachtlosen Stellvertretung der Gegenstand bis zum Augenblick der Genehmigung durch den Vertretenen zum Vermögen des

3) S. 124/125, Kluckhohn S. 199.

Schuldners. Allerdings habe man der Genehmigung rückwirkende Kraft beigelegt (§ 184 Abs. 1 BGB.), so daß, wenn die Genehmigung erfolge, es so angesehen werde, als wäre der Erwerb des Rechtes bereits im Augenblick der Vornahme der Erwerbshandlungen durch den Vertreter erfolgt. Bruns glaubt jedoch, daß dieser rückwirkenden Kraft eine Schranke durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Verfügenden gesetzt werde. Deshalb würde in diesem Falle der betreffende Gegenstand in der Konkursmasse des Verfügenden bleiben. Der Vertretene hätte das Nachsehen. Gäbe es dagegen dingliche Verträge zugunsten Dritter, dann wäre der Dritte schon zu der Zeit, als die Handelnden die zum Erwerbe des dinglichen Rechtes notwendigen Rechtshandlungen vornahmen, also schon vor Konkurseröffnung, dinglich Berechtigter geworden. Dieser Unterschied zur vollmachtlosen Stellvertretung besteht jedoch dann nicht, wenn wir annehmen, daß auch durch die Konkurseröffnung die rückwirkende Kraft der Genehmigung nicht beeinträchtigt wird. Und gerade das ist die Meinung der herrschende Lehre,[4]) der auch wir uns anschließen. Wir sind deshalb nicht der Meinung, daß die Verwendung der vollmachtlosen Stellvertretung im Falle des Konkurses einen Nachteil gegenüber den Verträgen zugunsten Dritter im Gebiet des Sachenrechts bedeuten würde. Weitere Beispiele, die andere Nachteile der Vertretung anführen, finden wir bei Siber[5]) Ein solcher Nachteil soll bei der Bestellung von Fahrnispfandrechten dann vorliegen, wenn zwischen Bestellung und Genehmigung andere Rechte an der Sache erworben werden. Nach der Ansicht Sibers soll nämlich dann das Pfandrecht hinter den in der Zwischenzeit erworbenen Rechten zurückstehen. Diese Auffassung begründet er mit dem Hinweis auf die Bestimmung des § 184 Abs. 2 BGB. und stützt sich dabei auf Oertmann[6]) und Planck.[6]) Diese nehmen nämlich an, daß die Aufzählung im § 184 Abs. 2 BGB. nicht vollzählig sei, sondern nur die Hauptfälle decke, an die der Gesetzgeber zunächst gedacht habe, daß aber mit dieser Vorschrift jedes Recht gemeint sei, das bis zum Augenblick der Genehmigung für einen

4) Jäger § 15 Anm. 15, RG. 63/18.

5) S. 49 ff.

6) Oertmann § 184 Anm. 4 d. Planck § 184 1b.

Dritten begründet werde. Diese Auffassung wird von anderer Seite [7]) bekämpft, wo betont wird, daß, wo der Gesetzgeber eine ausdrückliche Aufzählung von Einzelfällen vorgenommen habe, das nicht ohne besonderen Grund geschehen sei. Es liege daher die Annahme viel näher, daß eine Zwischenverfügung nur in den aufgezählten und gerade nicht in anderen Fällen ihre Wirksamkeit behalten solle. Dieser Auffassung schließen auch wir uns an. Wir sind deshalb der Meinung, daß gemäß § 184 Abs. 2 BGB. nur Zwischenverfügungen des Genehmigenden wirksam bleiben; es besteht daher für den Dritten keine Gefahr, daß bei vollmachtloser Stellvertretung sein Recht durch Zwischenverfügungen geschmälert wird. Einen anderen Nachteil bei der Verwendung der Vertretung ohne Vertretungsmacht sieht Siber [8]) bei der Bestellung von Hypotheken. Eine Schmälerung der Hypothek durch Zwischenbelastungen kommt hier zwar auch nach Siber nicht in Frage, da der Rang der Hypothek durch die Eintragung bestimmt sei; der Vorteil der Verträge zugunsten Dritter zeige sich aber in dem Falle, wenn der Dritte das Recht zurückweise. Sei nämlich die nach § 873 BGB. erforderliche Einigung durch einen vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossen worden, dann sei diese, wenn der Vertretene nicht genehmige, unwirksam, und eine Hypothek sei nach geltendem Recht überhaupt nicht entstanden, auch nicht in Form einer Eigentümergrundschuld. Das könne aber für den Grundstückseigentümer sehr nachteilig werden, wenn er inzwischen weitere Belastungen aufgenommen habe. Sibers Ansicht ist durchaus richtig; denn die Nachbelastungen, denen der Eigentümer wegen ihres schlechteren Ranges bessere Bedingungen (Zinsen) hat einräumen müssen, würden jetzt automatisch eine Stelle nach vorn rücken, die sie verkehrsüblich in Anbetracht der größeren Sicherheit nie unter derart für sie günstigen Bedingungen hätten erhalten dürfen. Ebenso ist dem Eigentümer die Möglichkeit genommen, zu billigerem Satz durch Aufnahme von Belastungen Geld hereinzunehmen. Ganz anders wäre freilich die Lage, wenn es Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht gäbe. In diesem Falle wäre die Einigung von vornherein ohne Rücksicht auf

7) Staudinger § 184 Anm. 5.
8) S. 49 ff.

den Dritten gültig zustande gekommen. Schlüge also der Dritte die Hypothek aus, dann würde eine Hypothek bestehen bleiben, und es würde sich nur fragen, wem sie jetzt zustehen solle. — Böhler[9]) behandelt den praktischen Fall, daß bei einem Liegenschaftskauf bestimmt werde, daß der Kaufpreis nicht an den Verkäufer, sondern an eine Sparkasse zu zahlen sei, und daß für den Kaufpreis eine Sicherungshypothek unmittelbar zugunsten der Sparkasse bewilligt und eingetragen werde, die Sparkasse aber den Erwerb ausschlage. Für ihn, der der herrschenden Meinung folgt und deshalb einen Vertrag zugunsten Dritter im Sachenrecht nicht anerkennt, bleibt daher nur übrig, die Einigung für nichtig zu erklären und etwaige spätere Hypotheken nach vorn rücken zu lassen. Er erkennt das selbst als ein unbefriedigendes, den Verkehrsbedürfnissen widersprechendes Ergebnis, glaubt aber den Grund hierfür darin zu finden, daß unser Recht eine unwirksame Hypothek nicht dem Eigentümer zuerkenne.[10]) Das wird ihm aber von Kluckhohn bestritten, der behauptet, daß die Stellungnahme der herrschenden Lehre bezüglich der Eigentümerhypothek richtig und zweckentsprechend sei, ohne allerdings dafür den Beweis zu erbringen. Die Unbilligkeit der Situation könnte seiner Überzeugung nach nur durch Verwendung eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter beseitigt werden. Wer von beiden Recht hat, wollen wir hier nicht entscheiden; denn es kommt uns nur darauf an nachzuweisen, ob ein Vertrag zugunsten Dritter gegenüber der vollmachtlosen Stellvertretung Vorteile bietet, und das läßt sich nicht bestreiten, daß bei einer Einführung der dinglichen Verträge zugunsten Dritter in unser Recht nach dem heutigen Standpunkt der herrschenden Lehre die Verwendung eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter in dem hier behandelten Falle vorteilhafter wäre, als die der vollmachtlosen Stellvertretung. Wir wollen auch nicht untersuchen, ob es in solchen Fällen, wie dem von Böhler gebildeten Beispiele, überhaupt angängig ist, den Verkäufer als Vertreter des Dritten ohne Vertretungsmacht aufzufassen; wir wollen diese Möglichkeit einmal unterstellen; denn wir wollen den Verteidigern der vollmachtlosen Stellvertretung für diesen

9) In Bad. Rechtspraxis 1908 S. 211.

10) Ebenso Siber S. 38 ff.

Fall auch die letzte Verteidigungsmöglichkeit nehmen, die es für sie noch gibt. Es könnte nämlich eingewendet werden, daß sich bei Verwendung der vollmachtlosen Stellvertretung die oben gezeigte Unbilligkeit auf dem Wege der Auslegung der Parteivereinbarungen vermeiden lasse. Die Auslegung müßte dahin gehen, daß man annimmt, daß die Parteien für den Fall der Nichtgenehmigung durch den Vertretenen den Erwerb des dinglichen Rechts durch den Vertreter gewünscht haben, so daß also von vornherein neben der Einigung, die den Erwerb durch den Vertretenen betraf, noch eine eventuelle mit dem Ziele des Erwerbes durch den Vertreter bestanden hat.[10a]) Aber selbst wenn man bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte für einen solchen Willen der Parteien so weit geht, daß man ihnen diesen Willen unterstellt, kann der Vertreter doch nicht dinglich Berechtigter werden. Es fehlt ihm noch die Eintragung auf seinen Namen. Eingetragen ist doch im Grundbuch der Vertretene. Trotz Vorhandensein von Einigung und Eintragung ist deshalb keine Hypothek entstanden; denn diese beiden Momente müssen sich bei der Begründung des Rechts auf dieselbe Person vereinigen. Der Erfolg bleibt also derselbe; die nachfolgenden Hypotheken rücken auf. Ganz anders wäre dagegen die Rechtslage, wenn Verträge zugunsten Dritten im Sachenrecht zugelassen wären. Würde nämlich der Dritte die Hypothek ablehnen, so würde sie bestehen bleiben; denn sie wäre zunächst gültig entstanden; und die Zurückweisung des Dritten hätte nicht die Kraft, daß das zugewendete Recht erlöschen würde. Die Hypothek würde hier das Schicksal der Forderung teilen, für die sie bestellt wäre. Regelmäßig würde die Forderung wohl an den Versprechensempfänger fallen, mit ihr also dann auch die Hypothek; der neue dinglich Berechtigte hätte einen Berichtigungsanspruch (§ 894 BGB.) gegen den Dritten, so daß also der Versprechensempfänger auch Eintragung auf seinen Namen erhalten könnte. Der Vertrag zugunsten Dritter würde also tatsächlich hier zu einem wirtschaftlich gerechteren Ergebnis führen.

Ein weiteres Argument für die praktische Bedeutung der Verträge zugunsten Dritter neben der vollmachtlosen Stellvertretung im Sachenrecht ergibt sich für den Fall des

10a) Siber S. 50.

Erwerbes von Grundstückseigentum [10b]) — entsprechendes gilt für den Erwerb des Erbbaurechts. Das ergibt sich aus § 29 GBO. Die Eintragung einer durch vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossenen Auflassung kann nämlich nur erfolgen, wenn die Vollmacht dem Grundbuchamt in den erforderlichen Formen nachgewiesen wird. Eigentum an Grundstücken kann man daher einem Dritten ohne dessen Wissen nicht mit Hilfe der Vertretung ohne Vertretungsmacht verschaffen; dagegen ergäbe sich bei Verwendung der Verträge zugunsten Dritter eine Schwierigkeit auch nicht aus den Vorschriften der Grundbuchordnung, wie wir bereits gesehen haben. Hier haben wir einen zweiten Fall, wo die analoge Anwendung der §§ 328 ff. BGB. tatsächlich ein Vorteil bieten würde.

Wir waren von der Behauptung ausgegangen, daß die Möglichkeit der Verwendung der vollmachtlosen Stellvertretung den Vertrag zugunsten Dritter im Sachenrecht überflüssig machen könnte. In zwei Fällen war es uns gelungen nachzuweisen, daß die Behauptung nicht immer stimmt. Diese beiden Fälle können natürlich nicht genügen, um auf ein für eine Analogie notwendiges Verkehrsbedürfnis schließen zu können. Sie zeigen aber immerhin, daß das praktische Bedürfnis nicht immer durch die vollmachtlose Stellvertretung befriedigt werden kann, und darauf kam es uns hier allein an. Außerdem ist noch in diesem Zusammenhang zu bedenken, und das ist unseres Erachtens auch sehr wichtig, daß es genügend Fälle gibt, in denen ganz offenbar nur in eigenem Namen gehandelt wurde, in denen eine Umdeutung der Parteierklärungen nach der Richtung der vollmachtlosen Stellvertretung ganz unmöglich ist. In diesen Fällen würde die Gefahr bestehen, daß wirtschaftlich gerechtfertigte und erwünschte Erfolge infolge der Engherzigkeit des Gesetzes vereitelt würden, was unter Umständen zu schweren Schäden für den Vertragsgegner und auch für den Dritten führen könnte. Sollte nicht auch dieser Gedanke als ein gewichtiges Aktivum für den dinglichen Vertrag zugunsten Dritter zu verbuchen sein? Es muß das Bestreben eines Rechts sein, wenn es Recht und nicht Unrecht sein will, möglichst allen schutzwürdigen wirtschaftlichen Interessen seinen Schutz zu verleihen, um sie dadurch zu

10b) Kluckhohn S. 190.

fördern, zumindesten in solchen Fällen, wo, wie hier, keinerlei Bedenken, selbst nach rechtlichen Gesichtspunkten, gegen die erwünschte Rechtsfigur bestehen. Nun behauptet zwar Siber,[11]) daß rechtspolitisch kein Grund bestehe, die Parteien davor zu schützen, daß durch Beschreitung eines falschen Rechtsweges ihre wirtschaftlichen Ziele unerreicht blieben; es genüge, wenn es einen Weg gebe, auf dem sie einwandsfrei ihre Interessen befriedigen könnten. Das ist wohl im Prinzip richtig; doch darf der erlaubte Weg nicht so versteckt liegen, daß rechtsunkundige Parteien ihn regelmäßig verfehlen müssen; und das wäre hier der Fall; denn welche Partei denkt daran, daß sie, nachdem sie zum Beispiel bei dem Kauf eines Gegenstandes das obligatorische Geschäft in eigenem Namen abgeschlossen hat, den Kaufpreis selbst bezahlt hat, nun wenn sie mit dem Verkäufer vereinbaren will, daß der Dritte Eigentum an dem gekauften Gegenstand erwerben soll, als dessen Vertreter handeln muß. Der Weg, den das Gesetz zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges gibt, muß derart sein, daß er im allgemeinen auch ohne Rechtskenntnis leicht zu treffen ist, und nur dann ist es von geringerer Bedeutung, wenn jemand ihn einmal verfehlen sollte; denn dann hat das Recht seiner Pflicht genügt. Sibers Einwand, es bestünde rechtspolitisch kein Grund, neben der vom Gesetz zugelassenen Möglichkeit der Verwendung der vollmachtlosen Stellvertretung noch Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht zuzulassen, ist demnach unberechtigt. Es ist deshalb zusammenfassend zu sagen, daß auch die Fälle, in denen eine Umdeutung der Parteivereinbarungen nach der Richtung, daß der Mittler als Stellvertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, nicht möglich ist, in denen also ganz offenbar nur in eigenem Namen gehandelt wurde, ein ebenso bedeutendes Beweismittel für die Notwendigkeit dinglicher Verträge zugunsten Dritter neben der vollmachtlosen Stellvertretung sind. Außerdem ist noch geltend zu machen, daß die vollmachtlose Stellvertretung schließlich auch im Gesetz nur als Notbehelf zugelassen ist, keinesfalls aber einen wünschenswerten und idealen Zustand darstellt. Es entspricht unseres Erachtens dem Sinn des Gesetzes viel mehr, das Anwendungsgebiet der Stellvertretung ohne Ver-

11) S. 29.

tretungsmacht nach Möglichkeit einzuschränken, als es noch zu erweitern.

Diese Ausführungen beweisen die selbständige Bedeutung der dinglichen Verträge zugunsten Dritter neben der vollmachtlosen Stellvertretung. Sie beweisen natürlich nicht die Notwendigkeit der Analogie; das sollten sie auch nicht. Mit ihnen war nur der Zweck verfolgt worden, die Konkurrenz, die die vollmachtlose Stellvertretung der hier behandelten Rechtsfigur machen sollte, auszuschalten.

Nachdem nun auch die letzten Hindernisse für den Vertrag zugunsten Dritter beseitigt sind, hängt die Entscheidung über seine Anerkennung nur noch davon ab, ob es uns gelingt, eine Anzahl Fälle vorzuführen, in denen das Bedürfnis besteht, einem Dritten ein dingliches Recht ohne sein Wissen zuzuwenden. Erst dieser Nachweis kann die Analogie rechtfertigen; einige wenige in der Praxis vorgekommene Fälle könnten eine Umwälzung des Rechts — und das bedeutet doch eine Analogie — nicht rechtfertigen; hier würde noch die Verwendung der Vertretung ohne Vertretungsmacht als Notbehelf genügen können.

Kluckhohn[12]) führt eine Reihe von Beispielen an, die den Beweis für ein Verkehrsbedürfnis erbringen sollen. Auf einige seiner Beispiele werden wir hier zurückgreifen.

Wir erwähnen zunächst in diesem Zusammenhang den schon vorhin behandelten Fall, daß der Verkäufer eines Grundstückes sich ausbedingt, daß der Kaufpreis nicht an ihn, sondern an eine bestimmte Sparkasse gezahlt und für den Kaufpreis auf dem Grundstück eine Sicherungshypothek unmittelbar für die Sparkasse eingetragen wird. Ferner erinnern wir an den Fall der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück auf einen Dritten. In diesen beiden Fällen war der Vertrag zugunsten Dritter der allein richtige Weg. Wir erwähnen ferner die Möglichkeit, einem Dritten Eigentum an einer Sache von Todeswegen zuzuwenden, indem die Sache bei einem anderen hinterlegt wird mit der Abrede oder dem Auftrage, sie dem Dritten nach des Hinterlegers Tode herauszugeben. Kurz hinzufügen möchten wir hier noch, daß hier auch Hellwig für den Eigentumserwerb des Dritten eintritt; er vereinbart dies mit

12) S. 190 ff.

seiner Stellungnahme gegen den sachenrechtlichen Vertrag zugunsten Dritter dadurch, daß er in diesem Falle eine Einigung für überflüssig erklärt. Dieser Auffassung, die sich mit den im Gesetz ausdrücklich aufgestellten Erfordernissen für den Eigentumsübergang in Widerspruch setzt, können wir jedoch nicht folgen. Von Bedeutung wäre eine analoge Ausdehnung der §§ 328 ff. BGB. auf das Sachenrecht auch in der Entscheidung des Reichsgerichts gewesen, wo der Fall behandelt wurde, daß ein Ehemann mit dem Käufer seines Gutes die Eintragung einer Hypothek zugunsten seiner Ehefrau vereinbarte, ein Fall, der sicher sehr oft praktisch werden kann. Ferner ist der Fall zu erwähnen, wenn durch Übergabe eines Pfandes an einen Pfandhalter ein Pfandrecht für den jeweiligen Gläubiger aus einem Wechsel oder sonstigen indossablen Papier bestellt werden soll. Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes (§ 1206 BGB.) — die Sache wird einem Treuhänder mit der Bestimmung übergeben, sie nur an den Schuldner und Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben — und Einigung zugunsten Dritter würde dem Gläubiger das Pfandrecht verschaffen. Ein sehr großes Anwendungsgebiet würden ferner die dinglichen Verträge zugunsten Dritter bei den Gutsüberlassungsverträgen finden, wo oft in Anrechnung auf den Kaufpreis für die Ehefrau des Veräußerers ein Altenteil, für die Kinder für deren Geldabfindungen Hypotheken eventuell auch Vorkaufsrechte vereinbart werden. Auch hier wäre unsere Rechtsfigur von großem Nutzen; denn die bedachten Ehefrau und Kinder nehmen am Abschluß des Vertrages gewöhnlich nicht teil. Von Interesse in diesem Zusammenhang ist auch der Fall, der vom Reichsgericht in einer älteren Entscheidung behandelt ist, weil er sich auch heut noch täglich ereignen kann. Es handelt sich dort darum, daß bei der Parzellierung eines Grundstückskomplexes den einzelnen Parzellenkäufern eine Baubeschränkung mit der Wirkung auferlegt worden ist, daß die Beschränkung bezüglich aller zu dem Komplex gehörigen Parzellen nicht nur gegenüber dem Verkäufer sondern auch gegenüber den bereits vorhandenen und den noch hinzukommenden weiteren Erwerbern von Parzellen gelten soll. Das Reichsgericht behandelt den Fall unter dem Gesichtspunkt der Begründung einer obligatorischen Verpflichtung zur Innehaltung der Baubeschränkung. Im vorliegenden Falle genügte

das, weil sich bei jedem Weiterverkauf der betreffende Käufer zur Innehaltung der Beschränkung verpflichtet hatte. Sobald aber einmal in einem anderen Falle eine solche Verpflichtung fehlen würde, wäre die Baubeschränkung erloschen. Zu helfen wäre dann nur mit einer Grunddienstbarkeit, die mit dem ersten Käufer zugunsten des Verkäufers und sämtlicher Parzellenerwerber als Dritten bestellt würde. — Siber[13]) will schließlich ein praktisches Bedürfnis stets dann sehen, wenn bei einem Schuldvertrage zu fremdem Recht dingliche Sicherungsrechte für den Anspruch des Dritten bestellt werden, ein Fall, der sehr oft praktisch werden kann.

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, daß der dingliche Vertrag zugunsten Dritter ein reiches Betätigungsfeld finden würde. Manche von den aufgezählten Fällen sind derart, daß wir sicher sind, daß sie immer und immer wieder praktisch werden würden. Ferner glauben wir auch mit Bestimmtheit sagen zu können, daß sich die wahre Bedeutung der dinglichen Verträge zugunsten Dritter erst nach ihrer Anerkennung durch die Rechtsprechung zeigen würde. Es ist zu bedenken, daß sehr viele Geschäfte, besonders die über größere Werte, heut stets erst nach Beratung mit Rechtskundigen abgeschlossen werden. Das bildet unserer Meinung nach auch den Grund, weswegen unsere Gerichte und damit auch die Vertreter der herrschenden Lehre nicht viel stärker das wahre Verkehrsbedürfnis empfinden. Ebenso glauben wir bestimmt, daß sich Fälle mit dinglichen Verträgen zugunsten Dritter in der Praxis auch heut schon genügend abspielen, daß sie uns aber deshalb unbekannt bleiben, weil die Geschäfte sich reibungslos abwickeln; wir denken hierbei besonders an die Gutsüberlassungen mit Vereinbarungen von Altenteilen, Hypotheken und Vorkaufsrechten. Es ist zu bedenken, daß die uns durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts bekannt gewordenen Fälle stets nur solche sind, deren Abwickelung von einer Seite Widerstand entgegengesetzt wurde.

Es besteht somit unseres Erachtens ein genügend starkes Verkehrsbedürfnis für die Analogie. Wir treten deshalb für die Anerkennung der dinglichen Verträge zugunsten Dritter ein und hoffen, daß die herrschende Lehre und vor

13) S. 49.

allem auch das Reichgericht recht bald die Unzweckmäßigkeit und Schädlichkeit ihrer Abwehrstellung einsehen und der Entwickelung der Verträge zugunsten Dritter durch eine Anerkennung auch im Sachenrecht zu ihrem Abschluß verhelfen werden. Oder wollen sich die heut maßgebenden Kreise weniger einsichtig zeigen als die Römer vor 1500 Jahren, die dem praktischen Bedürfnis selbst ihren strengen Grundsatz: nemo alteri stipulari potest opferten?

Lebenslauf

Ich bin am 12. März 1904 in Berlin als Sohn des Kaufmanns Otto Strohbach und seiner Ehefrau Auguste, geb. Junk, geboren. Ich besuchte das Gymnasium in Kattowitz, später das staatliche Friedrichsgymnasium in Breslau, wo ich 1923 die Reifeprüfung bestand. Ich erlernte dann das Bankfach bei der Deutschen Bank, Filiale in Breslau, und war dort auch nach Beendigung meiner Lehrzeit noch als Beamter tätig. Im Herbst 1927 gab ich diesen Beruf auf und begann mein Studium. Nachdem ich 6 Semester in Berlin und Breslau studiert hatte, bestand ich am 4. März 1931 vor dem Oberlandesgericht in Breslau die 1. juristische Staatsprüfung. Am 22. Mai 1931 erhielt ich meine Ernennung zum Referendar.

Hans Strohbach.